حرف الخاء

خاتم

انظر تختم.

خادم

انظر خدمة.

خارج

انظر خروج.

خارجي

انظر فرق.

خـــاص

التعريف :

١ - الخاص في اللغة: من خصّ الشيء يخصه خصوصا فهو خاص من باب قعد: ضد عمّ، واختص مثله، والخاصة خلاف العامة.[١]

وفي اصطلاح الأصوليين: هو ما وضع لواحد منفرد أو كثير محصور، سواء أكان الواحد باعتبار الشخص كزيد، أو باعتبار النوع كرجل وفرس.[٢]

الألفاظ ذات الصلة:

العـــام:

٢ - العام في اللغة: الأمر الشامل المتعدد، سواء أكان الأمر لفظا أم غير لفظ؛ يقال عمهم الخير أو المطر: إذا شملهم، وأحاط بهم.

وفي الاصطلاح: هو اللفظ المستغرق لجميع مايصلح له، بوضع واحد من غير حصر.[٣]

---

(١) المصباح المنير .

(٢) إرشاد الفحول ص٣٢، وتيسير التحرير ٢٦٤/١، وتنقيح التوضيح ٣٣/١، والبحر المحيط للزركشي ٢٤٠/٣ط: الوزارة.

(٣) شرح البدخشي ٥٦/٢، إرشاد الفحول ص١٠٥، والبحر المحيط ٥/٣، وانظر التنقيح والتوضيح ٣٢/١

الحكم الاجمالي:

٣ - إذا ورد في النص لفظ خاص ثبت الحكم لمدلوله، مالم يقم دليل على تأويله، وإرادة معنى آخر منه.[١]

وإن تعارض الخاص مع العام بأن دل كل منهما على خلاف ما يدل عليه الآخر، فذهب الشافعية إلى أن الخاص يخصص العام، سواء علم أن الخاص متأخر عن العام، أم تقارنا، أم علم تأخره عن الخاص، أم جهل التاريخ.[٢]

وقال الحنفية: إن تأخر الخاص نسخ من العام بقدر مايدل عليه، وإن تأخر العام نسخ الخاص، وإن جهل المتقدم يجب التوقف. إلا أن يترجح أحدهما على الآخر بمرجح،[٣] والتفصيل في الملحق الأصولي للموسوعة.

الأجير الخاص:

٤ - هو من يعمل لواحد عملا مؤقتا بالتخصيص، كأن استؤجر لخدمة، أو خياطة، يوما أو أسبوعا ونحوه.[٤] ويجب على الأجير الخاص أن يقوم بالعمل في الوقت المحدد كله، سوى زمن التطهر للصلوات الخمس، وزمن فعلها بسننها المؤكدة، وصلاة جمعة، وعيد، فهي مستثناة شرعا، ولا ينقص من الأجرة، ولا يصلي النوافل، فإن صلاها نقص من أجرته.[١]

ولا يلزم المستأجر أن يمكن الأجير الخاص من الذهاب إلى المسجد للجماعة، إن كان المسجد بعيدا، وإن كان قريبا ففيه احتمال، إلا أن يكون الامام ممن يطيل الصلاة، فلا يلزمه قطعا.[٢]

وقال المجد من الحنابلة: ظاهر النص يمنع من شهود الجماعة إلا بشرط في العقد أو إذن.[٣]

وسبت اليهود، ويوم الأحد للنصارى مستثنى منه كذلك شرعا، وقال الزركشي: هل يلحق بذلك بقية أعيادهم؟ فقال: فيه نظر، لاسيما التي تدوم أياما، والأقرب المنع، لعدم اشتهارها في عرف المسلمين وجهل الناس لها، وتقصير الذمي في عدم اشتراطه في العقد.[٤]

ولا يجوز للأجير الخاص أن يعمل لغير مستأجره، فإن عمل لغيره فأضره بذلك فللمستأجر على الأجير مافوته عليه من منفعة.[٥] والتفصيل في مصطلح: (إجارة).

---

(١) تيسير التحرير في أصول الفقه ٣٧٠/١

(٢) الإبهاج في شرح المنهاج ١٦٨/٢ حاشية العطار على جمع الجوامع ٧٧/٢، حاشية التفتازاني ١٤٨/٢

(٣) المصادر السابقة، تيسير التحرير ٣٧٥/١ - ٣٧٦، المستصفى للغزالي ١٠٢/٢ - ١٠٣

(٤) ابن عابدين ٤٣/٥ مطالب أولي النهى ٦٧٣/٣ - ٦٧٤

---

(١) ابن عابدين ٤٤/٥، مطالب أولي النهى ٦٧٣/٣، وروضة الطالبين ٢٦٠/٥، أسنى المطالب ٤٣٦/٢

(٢) أسنى المطالب ٢٦٠/٢

(٣) مطالب أولي النهى ٦٧٤/٣

(٤) أسنى المطالب ٤٣٦/٢

(٥) ابن عابدين ٤٤/٥، مطالب أولي النهى ٦٧٤/٣

الطريق الخاص:

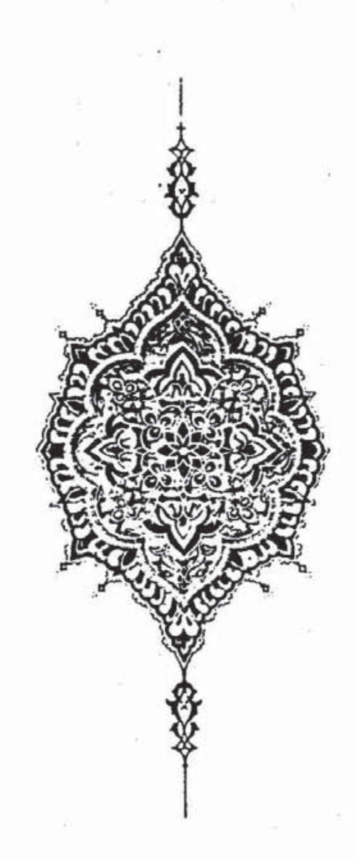
٥ ـ الطريق الخاص هو الممر غير النافذ المحصور بدور قوم محصورين، وهذا في الغالب فقد قال ابن عابدين: المراد بالطريق غير النافذ المملوك، وليس ذلك (أي كونه غير نافذ) لعلة الملك فقد ينفذ الطريق وهو مملوك، وقد يسد منفذه هو للعامة لكن ذلك (أي عدم النفوذ) دليل على الملك غالبا، فأقيم مقامه ووجب العمل به حتى يدل الدليل على خلافه.

وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز لغير أهله ـ وهم من نفذ باب داره إليه ـ أن يحدث فيه شيئا بغير إذنهم، وليس لأحدهم أن يشرع إليه جناحا، أو أن يبني دكة إلا بـإذن الآخرين.[1]

ويفصل الفقهاء أحكام الطريق الخاص في: باب الصلح، وأحكام الجوار، وباب الشركة عند المالكية فقط، ويذكره الشافعية في فصل الحقوق المشتركة من باب الصلح، وينظر مصطلح: (طريق).

المال الخاص:

٦ ـ المال الخاص هو المال الذي يملكه شخص معين، أو أشخاص محصورون، ومن أحكامه: جواز التصرف فيه بأصالة أو بوكالة أو بولاية، ويقطع سارقه بشروطه، ويقابله المال العام: كبيت مال المسلمين، والموقوف على المسلمين عامة، وكل ما كان نفعه للمسلمين عامة. حيث لا قطع فيه عند الجمهور،[1] ويذكره الفقهاء: في باب البيع، والرهن، والإجارة، وفي جميع أبواب المعاملات، وفي باب السرقة.



(١) ابن عابدين ٣٨٠/٥ ـ ٣٨١، قليوبي ٣١٠/٢ ـ ٣١١، ٣١٢، نهاية المحتاج ٣٩٢/٤ ومابعدها، الإنصاف ٢٥٤/٥ ومابعده، جواهر الاكليل ١٢٣/٢ ومابعده.

(١) الزيلعي ٢١٨/٣، وفتح القدير ١٣٨/٥، والدسوقي ١٣٨/٤، وقليوبي ١٨٩/٤، والمغني لابن قدامة ٢٧٧/٨

خـال

التعريف:

١ ـ الخال في اللغة: أخو الأم وإن علت، وجمعه أخوال، وأخت الأم خالة، والجمع خالات، يقال: أخول الرجل، فهو مخول: أي كريم الأخوال، ويقال أيضا: أُخوِل بالبناء للمجهول.[(١)]

الألفاظ ذات الصلة:

العـم:

٢ ـ العم في اللغة أخو الأب، أو أخو الجد، وإن علا، وجمعه أعمام والمصدر عمومة، يقال: أعم الرجل، إذا كرم أعمامه، يستعمل مبنيا للفاعل وللمفعول.[(٢)]

توريث الخال:

٣ ـ الخال من ذوي الأرحام، باتفاق الفقهاء، وذو الرحم، هو كل قريب ليس بذي فرض، ولا عصبة.

(١) تاج العروس مادة: (خول)، وتفسير الرازي ٢٩/١٠

(٢) المصباح المنير مادة: (عمم).

وقد اختلف الفقهاء في توريث الخال كسائر ذوي الأرحام، فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن الخال يورّث عند فقد العصبة وذوي الفرض غير الزوجين، فيأخذ المنفرد من ذوي الأرحام جميع المال، بالقرابة إذا لم يوجد عصبة، ولا ذو فرض مطلقا، ويأخذ مابقي بعد فرض أحد الزوجين، إن وجد لعدم الرد عليهما.[(١)]

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾[(٢)] أي أحق بالتوارث في حكم الله تعالى، ولحديث: «الخال وارث من لا وارث له»[(٣)] وقالوا: روي هذا القول عن جمع من الصحابة، منهم: عمر، وعلي، وأبوعبيدة بن الجراح. وغيرهم.

والأصل عند المالكية والشافعية: أن الخال لا يرث كسائر ذوي الأرحام، بل يكون المال لبيت المال.[(٤)] وقالوا: إن النبي ﷺ لما نزلت آيات المواريث: قال[(٥)]: «إن الله أعطى كل ذي حق

(١) الاختيار لتعليل المختار ١٠٥/٥، ابن عابدين ٥٠٤/٥، المغني لابن قدامة ٢٢٩/٦

(٢) سورة الأنفال /٧٥

(٣) حديث: «الخال وارث من لا وارث له» أخرجه الترمذي (٤٢١/٣ ـ ط الحلبي) من حديث عمربن الخطاب، وقال: «حسن صحيح».

(٤) شرح الزرقاني ٢١٣/٨، أسنى المطالب ٦/٣

(٥) حديث: «إن الله أعطى كل ذي حق حقه» أخرجه أبوداود (٨٢٤/٣ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) =

حقه » وليس في الآيات ذكر للخال ، واستدلوا أيضا بخبر: أن رسول الله ﷺ: ركب إلى قباء يستخير الله في ميراث العمة، والخالة، فأنزل عليه لا ميراث لهما.[١] وقالوا: ولأنه لو كان وارثا بالقرابة، لقدم على المعتق، لأن القرابة مقدمة على الإرث بالولاء. ولكن المتأخرين من فقهاء المذهبين أفتوا: بأنه إذا لم ينتظم أمر بيت المال، ردّ الباقي من المال على أهل الفرض غير الزوجين إرثا، فإن فقدوا صرف لذوي الأرحام.[٢] والتفصيل في (إرث ف١٥).

ولاية الخال على الصغيرة:

٤ ـ اختلف الفقهاء في ولاية الخال على الصغيرة بالتزويج:

فذهب جمهور الفقهاء: إلى أنه ليس للخال ولاية التزويج على الصغيرة، لأنه ليس عصبة، فهو شبيه بالأجنبي.[٣]

والتفصيل في مصطلح: (ولاية).

وقال الحنفية: إن الخال يزوج الصغيرة عند فقد العصبة وفقد ذي الرحم الأقرب منه، وأنه يقدم على السلطان في الولاية عليها.[١]

نفقة الخال:

٥ ـ اختلف الفقهاء في وجوب نفقة الخال.

فذهب الشافعية، والمالكية والحنابلة إلى أن الخال لا تجب له نفقة.[٢]

وقال الحنفية: تجب نفقة الخال ككل ذي رحم محرم، وكذلك الحكم في إنفاق الخال على ولد أخته.[٣]

حضانة الخال:

٦ ـ جمهور الفقهاء على أن لا حضانة للخال، لأنه ليس محرما وارثا عند بعضهم، وليس عصبة عند آخرين.

ومقابل الأصح عند الشافعية والوجه المقدم للحنابلة أن الخال له حق الحضانة. والتفصيل في: (حضانة).[٤]

تحريم نكاح الخال:

٧ ـ الخال قريب محرم، ولا يجوز له نكاح ابنة أخته

= من حديث أبي أمامة وحسنه ابن حجر في التلخيص (٩٢/٣ ـ ط شركة الطباعة الفنية).

(١) خبر أن رسول الله ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله. أخرجه أبوداود في المراسيل (ص٢٦٣ ـ ط الرسالة) من حديث عطاء بن يسار مرسلا.

(٢) المصادر السابقة.

(٣) قليوبي ٢٢٤/٣، كشاف القناع ٥٢/٥

(١) ابن عابدين ٣١٣/٢

(٢) حاشية العدوي ١٢٣/٢، الوجيز ١١٦/٢، نهاية المحتاج ٢١٨/٧، المغني ٥٨٦/٧

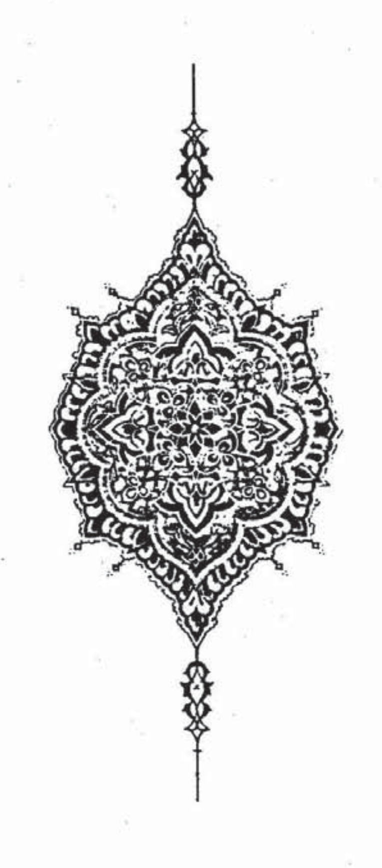
(٣) البدائع ٣٠/٤، ابن عابدين ٦٨٧/٢، فتح القدير ٣٥٠/٣

(٤) بدائع الصنائع ٤٢/٤، حاشية العدوي ١٢١/٢، نهاية المحتاج ٢٢٨/٧، المغني ٦٢٣/٧، كشاف القناع ٤٩٦/٥

باتفاق أهل الملة، لقوله تعالى في المحرمات: ﴿وبنات الأخت ـ[١]﴾

ولاية الخال على مال الصغير:

٨ ـ ليس للخال ولاية على مال الصغير، ولم نقف على خلاف بين الفقهاء في ذلك.[٢] والتفصيل في: (ولاية).



(١) سورة النساء /٢٣

(٢) الوجيز ١٧٦/١، حاشية البجيرمي ٤٤١/٢، وحاشية الزرقاني ٢٩٧/٦، ابن عابدين ٤١١/٤، كشاف القناع ٤٤٧/٣

خالة

التعريف:

١ ـ الخالة أخت الأم، والأم كل من انتسبت إليها بولادة، سواء وقع عليها اسم الأم حقيقة وهي التي ولدتك، أو مجازا، وهي التي ولدت من ولدك وإن علت. من ذلك جدتك أم أمك وأم أبيك، وجدتا أمك، وجدتا أبيك، وجدات أجدادك، وجدات جداتك وإن علون.[١] والجميع جدات.

الأحكام التي تتعلق بالخالة:

تحريم الخالة:

٢ ـ الخالة بالنسب أو الرضاع من المحارم المحرم نكاحهن باتفاق المسلمين، وقد ثبت تحريمهن بالكتاب والسنة: قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم﴾[٢] وخبر: «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب»[٣]

وتفصيله في محرمات النكاح.

(١) لسان العرب والمغني ٥٦٨/٦

(٢) سورة النساء /٢٣

(٣) حديث: «يحرم من الرضاع مايحرم من النسب» أخرجه=

ميراث الخالـة:

٣ ـ الخالة بالنسب من ذوي الأرحام باتفاق الفقهاء، وتوريثهم محل خلاف بين الفقهاء.

فقال الشافعية والمالكية في أصل المذهبين: إن ذوي الأرحام لا يرثون.[١]

وذهب الحنفية والحنابلة: إلى أن ذوي الأرحام يرثون عند فقد العصبة، وذوي الفروض غير الزوجين.[٢]

وتفصيل ذلك في مصطلح: (إرث) و(خال).

حق الحضانة للخالة:

٤ ـ الخالة ممن لهن حق الحضانة، أما ترتيبهن في الحضانة فيرجع فيه إلى مصطلح: (حضانة).

نفقة الخالـة:

٥ ـ لا تجب النفقة للخالة عند جمهور الفقهاء، وقال الحنفية: تجب النفقة للخالة بالنسب ككل ذي رحم محرم.

وتفصيل ذلك في مصطلحي: (خال، ونفقة).

أما الخالة بالرضاع: فليس لها حق الحضانة، ولا النفقة باتفاق الفقهاء

وتفصيل ذلك في المصطلحات: ر: (نفقة، رضاع، حضانة).

= البخاري (الفتح ٢٥٣/٥ ـ ط السلفية) ومسلم (١٠٧٢/٢ ـ ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عباس.

(١) أسنى المطالب ٦/٣، وشرح الزرقاني ٢١٣/٨

(٢) ابن عابدين ٥٠٤/٥، والمغني ٢٢٩/٦

خَبَث

التعريف:

١ ـ الخَبَث في اللغة هو كل مايكره رداءة وخسة محسوسا كان أو معقولا، ويتناول من الاعتقاد الكفر، ومن القول: الكذب، ومن الفعال القبيح.[١] قال ابن الأعرابي: الخبث في كلام العرب: المكروه، فإن كان من الكلام فهو الشتم، وإن كان من الملل: فهو الكفر، وإن كان من الطعام: فهو الحرام وإن كان من الشراب فهو الضار، والخبث في المعادن مانفاه الكير مما لا خير فيه.[٢]

وفي اصطلاح الفقهاء: هو عين النجاسة.[٣]

الألفاظ ذات الصلة:

أ ـ الرجـس:

٢ ـ الرجس: هو النتن والقذر، قال الفارابي: كل

---

(١) الكليات في المادة.

(٢) المجموع للنووي ٧٥/٢، وتبيين اللغة، ولسان العرب المحيط، مادة: (خبث).

(٣) حاشية الدسوقي ٣٣/١، شرح الزرقاني ٥/١

شيء يستقذر فهو رجس، وقيل الرجس: النجس.

قال الأزهري: الرجس هو النجس القذر الخارج من بدن الإنسان، وعلى هذا فقد يكون الرجس، والقذر، والنجاسة بمعنى، وقد يكون الرجس، والقذر بمعنى غير النجاسة.

وقال النقاش: الرجس النجس،[١] ومثل الرجس: الركس والرّجز.

ب ـ الدنس:

٣ ـ الدنس (بفتحتين) الوسخ. يقال: دنس الثوب أي توسخ، وأيضا تدنس، ودّنسه غيره.[٢]

الحكم الإجمالي:

٤ ـ اتفق الفقهاء على أن إزالة الخبث مأمور بها في الشرع، واختلفوا هل ذلك على الوجوب، أو على الندب؟

فصرح بعض الفقهاء بوجوب إزالة الخبث مطلقا، وأكثر الفقهاء على جواز لبس الثوب النجس في خارج الصلاة، وكرهه بعضهم. واستدل القائلون بالوجوب بقوله تعالى: ﴿وثيابك فطهر﴾[٣] وبحديث: «وكان الآخر لا يستنزه من البول»[٤]

أما إزالة الخبث لمريد الصلاة، فقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه شرط لصحة الصلاة إلا ما كان معفوا عنه.[١] ر: (شروط الصلاة).

وللمالكية في حكم إزالة النجاسات عن ثوب المصلي، وبدنه، ومكانه، قولان مشهوران: أحدهما أن إزالة الخبث عما ذكر سنة من سنن الصلاة على كل حال، سواء ذكرها أم لم يذكرها، وسواء قدر على إزالتها أم لم يقدر، والقول الثاني: إنها واجبة إذا كان ذاكرا وجودها، و قدر على إزالتها بوجود ماء مطلق يزيلها بهأو وجود ثوب طاهر، أو القدرة على الانتقال من المكان الذي فيه الخبث الى مكان طاهر.

و قال الحطاب: إن المعتمد في المذهب أن من صلّى بالنجاسة متعمدا عالما بحكمها أو جاهلا وهو قادر على إزالتها يعيد صلاته أبدا، ومن صلّى بها ناسيا لها، أو غير عالم بها، أو عاجزا عن إزالتها يعيد في الوقت على قول من قال إنها سنّة، وقول: من قال: إنها واجبة مع الذكر والقدرة.[٢]

---

(١) المصباح المنير مادة (رجس).

(٢) مختار الصحاح، قليوبي ٤٢/١ ـ ٦٨، الاختيار ٣٢/١

(٣) سورة المدثر /٤

(٤) حديث: «وكان الآخر لا يستنزه من البول». =

= أخرجه مسلم (٢٤١/١ ـ ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عباس.

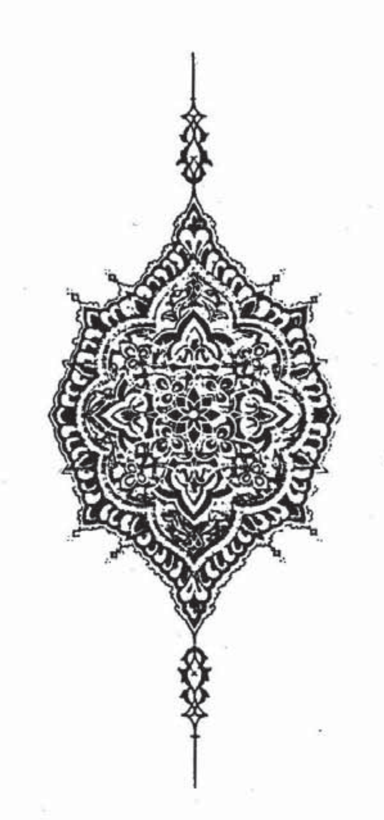
(١) حاشية ابن عابدين ٢٦٨/١ ـ ٢٦٩، البحر الرائق ٢٨٣/١، قليوبي ١٨٠/١، كتاب الفروع ٣٦٤/١، كشاف القناع ٢٨٨/١

(٢) مواهب الجليل ١٣٠/١ ومابعده، والزرقاني ٣٨/١، ٣٩

ر: التفصيل في شروط الصلاة وباب: (النجاسة).

٥ - أما أنواع الخبث فإن العلماء اتفقوا من أعيانه على أربعه: ميتة الحيوان ذي الدم الذي ليس بمائي، ولحم الخنزير مطلقا، والدم المسفوح، وبول ابن آدم ورجيعه، واختلفوا في غير ذلك.

وللتفصيل يرجع إلى مصطلح: (نجاسة).



خبر

التعريف:

١ - الخبر لغة: اسم لما ينقل ويتحدث به، وجمعه أخبار، واستخبره: سأله عن الخبر وطلب أن يخبره، والخبير، العالم بكنه الخبر، وخبرت الأمر أي علمته.[١] والخبير من أسماء الله تعالى معناه: العالم بكنه الشيء المطلع على حقيقته.[٢]

أما عند علماء الحديث فقد قال ابن حجر العسقلاني: الخبر عند علماء الفن (مصطلح الحديث) مرادف للحديث، فيطلقان على المرفوع وعلى الموقوف، والمقطوع، وقيل: الحديث ما جاء عن النبي ﷺ، والخبر ما جاء عن غيره، ومن ثم قيل لمن يشتغل بالسنة محدث، وبالتواريخ ونحوها أخباري، وقيل بينهما عموم وخصوص مطلق، فكل حديث خبر ولا عكس، وقيل: لا يطلق

---

(١) لسان العرب، والمصباح المنير مادة: (خبر)، والمستصفى للغزالي ١٣٢/١، كشف الأسرار ٦٨٠/٢، أصول الشاشي ٢٧٠/١، مقدمة ابن الصلاح ص٤٢، المنثور في القواعد للزركشي ١١٧/٢

(٢) شأن الدعاء للخطابي ٦٣

الحديث على غير المرفوع إلا بشرط التقييد، وقد ذكر النووي أن المحدثين يسمون المرفوع والموقوف بالأثر، وأن فقهاء خراسان يسمون الموقوف بالأثر، والمرفوع بالخبر.[١]

وتفصيله في علوم الحديث، وفي الملحق الأصولي.

الألفاظ ذات الصلة:

الأثــر:

٢ - الأثر لغة بتحريك الثاء مابقي من الشيء أو هو الخبر، والجمع آثار، وحديث مأثور: أي منقول، يخبر الناس به بعضهم بعضا أي ينقله خلف عن سلف.[٢]

وعند الفقهاء والأصوليين يطلق الأثر على بقية الشيء، كأثر النجاسة، وعلى الحديث مرفوعا كان أو موقوفا أو مقطوعا، وبعض الفقهاء يقصرونه على الموقوف، وقد يطلق عندهم على ما يترتب على التصرف، فيقولون: أثر العقد، وأثر الفسخ، وأثر النكاح، ونحوه.[٣]

وبذلك يتبين أن الأثر أعم في إطلاقاته من الخبر.

(١) تدريب الراوي ص ٦

(٢) لسان العرب والمصباح المنير وغريب القرآن للأصفهاني مادة: (أثر).

(٣) الموسوعة ص١ / ٢٤٩

النــبأ:

٣ - النبأ لغة الخبر، وقال الراغب: النبأ خبر ذو فائدة عظيمة يحصل به علم أو غلبة ظن، ولا يقال للخبر في الأصل نبأ حتى يتضمن هذه الأشياء، وحق الخبر الذي يقال فيه نبأ: أن يتعرى عن الكذب كالمتواتر، وخبر الله وخبر رسول الله ﷺ، ولتضمن النبأ معنى الخبر يقال أنبأته بكذا، ولتضمنه معنى العلم، قيل: أنبأته كذا، وجمعه أنباء، ويقال: إن لفلان نبأ: أي خبرًا، واستنبأ النبأ بحث عنه.[١]

والنبي ﷺ، المخبر عن الله والجمع أنبياء. ويقال تنبأ الكذاب إذا ادعى النبوة.

تقسيم الخــبر:

٤ - الخبر إما أن يكون عن خاص أو عام. فالخبر عن خاص منحصر في ثلاثة: الإقرار، والبينة، والدعوى، لأنه إن كان بحق على المخبر فهو الإقرار، أو على غيره فهو الدعوى، أو لغيره فهو الشهادة.

وضبطها العز بن عبدالسلام بضابط آخر، وهو أن القول إن كان ضارا لقائله فهو الإقرار، وإن لم يكن ضارا به، فإما أن يكون نافعا له أو لا، والأول هو الدعوى، والثاني الشهادة.

والخبر عن عام هو أن يكون المخبر عنه عاما، لا

(١) لسان العرب والمصباح المنير، وغريب القرآن للأصفهاني مادة: (نبأ).

يختص بمعين، وينحصر أيضا في ثلاثة: الرواية، والحكم، والفتوى، لأنه إن كان خبرا عن محسوس فهو الرواية، وإن لم يكن، فإن كان فيه إلزام فهو الحكم، وإلا فالفتوى، وعلم من هذا ضابط كل واحد من هذه الستة.[١]

وينظر شروط كل نوع من أنواع الخبر في مصطلحاتها. انظر (شهادة، وإقرار، ودعوى، وقضاء، وفتوى.)

أحكام الخبر:

الخبر عن النجاسة:

٥ ـ اتفق الفقهاء على أنه إذا أخبر الثقة بنجاسة ماء، أو ثوب، أو طعام، أو غيره، و بيَّن سبب النجاسة وكان ذلك السبب يقتضي النجاسة حكم بنجاسته لأن خبر الواحد العدل في مثل هذه الأشياء مقبول، وليس هذا من باب الشهادة، وإنما هو من باب الخبر، وكذا لو أخبر عن دخول وقت الصلاة، وعن حرمة الطعام أو حله، ولا فرق في هذا بين الرجل والمرأة، ولا بين الأعمى والبصير بخلاف الكافر والفاسق فلا يقبل خبرهما في النجاسة والطهارة، وكذا المجنون والصبي الذي لا يميز فلا يقبل خبرهما في مثل هذه الأشياء بلا خلاف. أما الصبي المميز فقد اختلفوا في قبول خبره.

فذهب الجمهور إلى عدم قبول خبره، لأنه لا

(١) المنثور ١١٦/٢

يوصف بالعدالة لصغره، لأن العدل يشترط فيه أن يكون مسلما عاقلا بالغا.

وذهب بعض الشافعية في مقابل الأصح إلى قبول خبر الصبي المميز.

أما إذا لم يبين المخبر سبب النجاسة، ولم يتفق مذهب المخبر (بفتح الباء) والمخبر (بكسرها) فلا يلزمه قبول خبره لاحتمال اعتقاده نجاسة الماء بما لا ينجسه أصلا، أو بسبب لا يعتقده المخبر (بالفتح).

والتفاصيل في مصطلح: (نجاسة، وصلاة).

ويجوز للمخبر (بفتح الباء) أن يحّكم رأيه في خبر الفاسق، والصبي، المميز، والكافر، فإن غلب على ظنه أنه صادق عمل به، وإن لم يغلب فلا يعمل به.

ويقبل خبر الفاسق والصبي المميز والكافر في الإذن في دخول الدور ونحوها وكذلك في الإخبار عن الهدية من صبي يحملها.[١] لثبوت ذلك عن النبي ﷺ.

والتفصيل في (دعوى ، شهادة) .

الخبر عن القبلة ونحوها من الأمور:

٦ ـ اتفق الفقهاء على قبول قول من يعتمد

(١) البدائع ٧٢/١، حاشية ابن عابدين ٢٤٧/١، ٢٧٩، الحطاب ٨٦/١، الخرشي ٨٠/١، حاشية العدوي ١٤٠/١، المجموع للإمام النووي ١٧٦/١، روضة الطالبين ٣٥/١، ٣٩، حاشية الباجوري ٢٩٧/١، المستصفى للغزالي ١٥٩/١، المغني لابن قدامة ٦٤/١

خبره عن القبلة، كأن يكون مسلما، عاقلا، بالغا عدلا، سواء أكان رجلا أم امرأة.

ولا يقبل خبر الكافر في شأن القبلة، ولا خبر المجنون والصبي الذي لم يميز، واختلفوا في الصبي المميز والفاسق.

فذهب الجمهور إلى عدم قبول خبرهما، لأن روايتهما وشهادتهما لا تقبل، ولأن الصبي لا يلحقه مأثم بكذبه فتحرزه عن الكذب غير موثوق به، أما الفاسق فلقلة دينه وتطرق التهمة إليه.

وذهب الشافعية في وجه وبعض الحنابلة إلى قبول خبرهما.[١]

والتفصيل في مصطلح: (استقبال).

الخبر عن رؤية هلال رمضان:

٧ ـ اختلف الفقهاء في قبول خبر الواحد عن رؤية هلال شهر رمضان بسبب اختلافهم في كون هذه الرؤية من باب الإخبار، أو من باب الشهادة.

فذهب الشافعية والحنابلة وأبوحنيفة في رواية عنه إلى قبول خبر ثقة واحد عن رؤية هلال شهر رمضان بشرط أن يكون مسلما، عاقلا، بالغا، عدلا، سواء أكانت السماء مصحية أم لا، لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال« تراءى الناس الهلال فأخبرت رسول الله ﷺ أني رأيته فصامه وأمر النّاس بصيامه ».[١]

ولما روى ابن عباس رضي الله عنهما قال: جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ فقال: «إني رأيت هلال رمضان فقال: أتشهد أن لا إله إلا الله؟ قال: نعم. قال: أتشهد أن محمدا رسول الله؟ قال: نعم. قال: يا بلال أذن في الناس فليصوموا غدا».[٢] ولأنه خبر ديني يشترك فيه المخبر والمخبر فقبل من واحد، ولا فرق عند هؤلاء بين الرجل والمرأة.

وعند الشافعية وفي قول مرجوح لدى الحنابلة لا يثبت برؤية امرأة.

وذهب الحنفية إلى أنه إن كانت السماء مصحية، فيشترط لثبوت هلال رمضان رؤية عدد من الشهود يقع العلم القطعي للقاضي بشهادتهم لتساوي الناس في الأسباب الموصلة إلى الرؤية، وتفرد واحد بالرؤية مع مساواة غيره دليل الكذب أو الغلط في الرؤية، أما إذا كانت السماء غير مصحية أو بها علة، فيقبل خبر

(١) حاشية ابن عابدين ٢٨٩/١، الخرشي ٢٥٩/١، المجموع للنووي ٢٠٠/٣، المغني لابن قدامة ٤٣٩/١، ٤٥٣، كشاف القناع ٣٠٦/١

(١) حديث ابن عمر: «تراءى الناس الهلال، فأخبرت رسول الله ﷺ...». أخرجه أبو داود (٢/ ٧٥٦ ـ ٧٥٧ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) وابن حزم (٦/ ٢٣٦ ـ ط المنيرية) وقال ابن حزم: «هذا خبر صحيح».

(٢) حديث ابن عباس: جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ. أخرجه أبوداود (٧٥٥/٢ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) والنسائي (١٣٢/٤ ـ ط المكتبة التجارية)، وصوب النسائي إرساله. هذا في نصب الراية للزيلعي (٤٤٣/٢ـط المجلس العلمي).

الواحد العدل في رؤية هلال رمضان، سواء كان رجلا أم امرأة غير محدود في قذف أو محدودا تائبا بشرط أن يكون مسلما، عاقلا، بالغا، عدلا، لحديث ابن عباس الذي سبق ذكره، ولأن هذه العلة تمنع التساوي في الرؤية لجواز أن قطعة من الغيم انشقت فظهر الهلال فرآه واحد فاستتر بالغيم من ساعته قبل أن يراه غيره.

أما المالكية فيرون أنه لابد لثبوت هلال رمضان من إتمام شعبان ثلاثين يوما، أو رؤية عدلين أو أكثر، وهو قول لدى الشافعية، ورواية عن أحمد، لما روى عبدالرحمن بن زيد بن الخطاب: أنه خطب الناس في اليوم الذي يشك فيه فقال: ألا إني جالست أصحاب رسول الله ﷺ وسألتهم، وأنهم حدثوني أن رسول الله ﷺ قال: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته وانسكوا لها. فإن غم عليكم فأكملوا ثلاثين، فإن شهد شاهدان فصوموا وافطروا».[١]

وتنظر التفاصيل في مصطلح: (صوم، شهادة).

---

(١) البدائع ٢/٨٠، جواهر الإكليل ١/١٤٤، القوانين الفقهية ص١٢٠، مغني المحتاج ١/٤٢٠، وحاشية الباجوري على ابن قاسم ١/٢٩٧، المغني لابن قدامة ٣/٨٦ - ١٥٦، الإنصاف ٣/٢٧٣، الفروع ٣/١٤

حديث عبدالرحمن بن زيد عن أصحاب رسول الله ﷺ: أخرجه النسائي (٤/١٣٢ - ١٣٣ - ط المكتبة التجارية) والدار قطني (٢/١٦٨ - ط دار المحاسن) وإسناده صحيح.

خـــبرة

التعريف:

١ - الخبرة في اللغة - بكسر الخاء وضمها - العلم بالشيء، ومعرفته على حقيقته، من قولك: خبرت الشيء إذا عرفت حقيقة خبره. ومثله الخِبر والخُبر، والمخبُرة. والمخبرة. والخبير بالشيء، العالم به صيغة مبالغة، مثل عليم، وقدير، وأهل الخبرة ذووها.[١]

واستعمل في معرفة كنه الشيء وحقيقته، قال الله تعالى: ﴿فاسأل به خبيرا﴾[٢] والخبير اسم من أسماء الله تعالى. وهو العالم بكنه الشيء المطلع على حقيقته. هذا في الأصل. وعلم الله تعالى سواء فيما غمض من الأشياء ولطف، وفيما تجلى منه وظهر.

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

---

(١) لسان العرب والمصباح المنير ومتن اللغة، والمعجم الوسيط مادة: (خبر) والفروق في اللغة ص٨٦، وشأن الدعاء للخطابي ٦٣

(٢) سورة الفرقان / ٥٩

وقد عبر بعض الفقهاء عن الخبرة بلفظ البصيرة، كما عبروا عنها بلفظ المعرفة.[١]

الألفاظ ذات الصلة:

أ - العلم والمعرفة:

أولا: العلم:

٢ - العلم يطلق على معان: منها ما يصير به الشيء منكشفا، ومنها الصورة الحاصلة من الشيء عند العقل، ومنها الإدراك، ومنها الاعتقاد الجازم المطابق للواقع.

ثانيا: المعرفة:

٣ - أما المعرفة فهي إدراك الشيء على ما هو عليه، وهي مسبوقة بجهل، بخلاف العلم.[٢]

والفرق بينهما وبين الخبرة، أن الخبرة العلم بكنه المعلومات على حقائقها، ففيها معنى زائد على العلم والمعرفة.[٣]

ب - التجربة:

٤ - التجربة مصدر جّرب، ومعناه الاختبار مرة بعد أخرى، وعلى ذلك فالتجربة اسم للاختبار مع التكرار، لأنها من التجريب الذي هو تكرير الاختبار والإكثار منه، ولا يلزم في الخبرة التكرار.[١]

(١) تبصرة الحكام ٢٢٩/١، ٢٣٣، ومعين الحكام ص١١٥، ١١٦، وحاشية الجمل ٣٥٦/٥، وحاشية ابن عابدين ٤٥٩/٥

(٢) التعريفات للجرجاني، وكشاف اصطلاحات الفنون في المادة، ودستور العلماء ٣٣٩/٢، و٣٥٠

(٣) الفروق في اللغة ص٧٢، ٨٦

ج - البصر أو البصيرة:

٥ - البصيرة لغة: العلم والخبرة، يقال: هو ذو بصر وبصيرة، أي ذو علم وخبرة. ويعرف المعنى الاصطلاحي مما أورد ابن عابدين في أن القاضي يرجع في تقدير القيمة إلى أهل البصيرة وهم أهل النظر والمعرفة في قيمة الشيء.[٢]

د - القيافة:

٦ - القيافة مصدر قاف الأثر قيافة إذا تتبعه. والقائف هو من يعرف الآثار ويتتبعها، ويعرف شبه الرجل بأخيه، وأبيه، والجمع القافة.

وتستعمل في اصطلاح الفقهاء في نفس المعنى. قال في المغنى: القافة قوم يعرفون الإنسان بالشبه.[٣]

هـ - الحذق:

٧ - الحذق المهارة، يقال: حذق الصبي القرآن والعمل يحذقه حَذقا وحذقا إذا مهر فيه، وحذق

(١) لسان العرب والمصباح المنير مادة: (جرب) والفروق في اللغة ص٢١١

(٢) التعريفات للجرجاني والمصباح المنير، وابن عابدين ٤٥٩/٥

(٣) المصباح ولسان العرب، وتبصرة الحكام ١٢٠/٢، وجواهر الإكليل ١٣٩/٢، ونهاية المحتاج ٣٥١/٨، والمغني ٧١٩/٥

الرجل في صنعته أي مهر فيها، وعرف غوامضها ووقائعها.[١]

فالحذق يستعمل في المهارة في الصنعة غالبا، وهو لهذا الاعتبار أخص من الخبرة.

و ـ الفراسة:

٨ ـ الِفراسة بكسر الفاء هي التثبت والتأمل للشيء والبصر به، يقال: إنه لفارس بهذا الأمر إذا كان عالما به. وفي الحديث: «اتقوا فراسة المؤمن».[٢]

ويقول ابن الأثير: الفراسة إما أن تكون بإلهام من الله تعالى، أو تتعلم بالدلائل والتجارب والخلق والأخلاق فتعرف به أحوال الناس.

يقول ابن فرحون: الفراسة ناشئة عن جودة القريحة وحدة النظر وصفاء الفكر.[٣]

فهي بهذا المعنى قريبة لمعنى الخبرة.

حكم الخبرة:

٩ ـ تكلم الفقهاء عن الخبرة واعتمدوا على قول أهل الخبرة في كثير من الأحكام الفقهية ويختلف حكمها تبعا لموطنها.

وفيما يلي بيانها:

(١) الصحاح والمصباح المنير في المادة.

(٢) حديث: «اتقوا فراسة المؤمن» أخرجه الترمذي (٥/٢٩٨ ـ ط الحلبي) من حديث أبي سعيد الخدري، وضعف إسناده المناوي في فيض القدير (١/١٤٤ ـ ط المكتبة التجارية).

(٣) لسان العرب مادة: (فرس)، وتبصرة الحكام ٢/١١٩

الخبرة في التزكية:

١٠ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن القاضي إذا لم يعرف حال الشهود يجب أن يطلب من يزكيهم عنده ليعلم عدالتهم، لقوله تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾[١] وأكثر الفقهاء على أن تزكية السر ضرورية في هذه الحالة. ويرى بعضهم تزكية الشاهد، التزكية العلانية أيضا.

وتزكية الشهود تكون باختيار القاضي من هم أوثق الناس عنده، وأورعهم ديانة، وأدراهم بالمسألة وأكثرهم خبرة، وأعلمهم بالتميز فطنة، فيكتب لهم أسماء وأوصاف الشهود، ويكلفهم تعرف أحوالهم ممن يعرفهم من أهل الثقة والأمانة، وجيرانهم ومؤتمني أهالي محلتهم، وأهل الخبرة بهم، وممن ينسبون إليه من معتمدي أهل صنعتهم (أي نقيب الحرفة مثلا). فإذا كتبوا تحت اسم كل منهم: (عدل، ومقبول الشهادة) يحكم بشهادتهم وإلا فلا.[٢]

وذهب أكثر الفقهاء إلى أن المزكي يشترط فيه معرفة أسباب الجرح والتعديل، ومعرفة خبرة باطن من يعدله، لخبرة، أو جوار، أو معاملة ليكون على بصيرة بما يشهد. ولأن عادة الناس إظهار الصالحات وإسرار المعاصي، فإذا لم يكن ذا خبرة

(١) سورة البقرة /٢٨٢

(٢) مجلة الأحكام العدلية مواد (١٧١٨ ـ ١٧٢٢) ومعين الحكام ص١٠٤، ١٠٦، وتبصرة الحكام ١/٢٠٤ ـ ٢٠٧، وقليوبي ٤/٣٠٦

باطنة، ربما اغتر بحسن ظاهره وهو فاسق في الباطن.[١]

هذا في تزكية السر، أما تزكية العلانية فتحصل في حضور الحاكم والخصمين. وبما أن تزكية العلانية تعتبر شهادة، فيشترط فيها ما يشترط في الشهادة من التعدد والعدالة وغيرهما.[٢] أما تزكية السر ففيها خلاف وتفصيل ينظر في مصطلحي: (تزكية، وشهادة).

الخبرة في القسمة:

١١ ـ القسمة تحتاج إلى قاسم، وقد يتولى القسمة الشركاء أنفسهم إذا كانوا ذوي أهلية وملك وولاية، فيقسمون المال بينهم بالتراضي، وقد يتولى القسمة غير الشركاء ممن يعينونه أو ينصبه الحاكم.[٣]

واتفق الفقهاء على أنه يشترط في القاسم بجانب سائر الشروط أن يكون أمينا، عالما بالقسمة، عارفا بالحساب والمساحة، ليوصل إلى كل ذي حق حقه، لأنها من جنس عمل القضاء، ولابد من الاعتماد على قوله، والقدرة على القسمة، وذلك بالأمانة والعلم.[٤]

(١) المراجع السابقة، ونهاية المحتاج ٢٥٣/٨، والمغني ٦٣/٩ ـ ٦٥

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الزيلعي ٢٦٤/٥

(٤) الزيلعي ٢٦٥/٥

ولا فرق في هذا الشرط بين القاسم الذي عينه الشركاء، والذي نصبه الإمام عند جمهور الفقهاء، خلافا للشافعية حيث قالوا لا يشترط ذلك في منصوب الشركاء لأنه وكيل عنهم.

ولا يشترط أن يكون القاسم متعددا، فيكفي أن يكون شخصا واحدا ذا معرفة وخبرة عند جمهور الفقهاء، لأن طريقه الخبر عن علم يختص به قليل من الناس، كالقائف والمفتي والطبيب، إلا إذا كان في القسمة تقويم للسلعة فيجب أن يقوم بذلك قاسمان، لأن التقويم شهادة بالقيمة فيشترط فيه التعدد.[١]

وجاء في فتح العلي المالك: إذا اطلع أحد المتقاسمين على عيب فيما خصه، ولم يعلما به قبل القسمة، وهو خفي ثبت بقول أهل المعرفة، فإن كان العيب في أكثر نصيبه، خير بين إمساك النصيب ولا شيء له، وبين رد القسمة. فإن كان النصيبان قائمين رجعا شائعين بينهما كما كانا قبل القسمة. وإن فات أحد النصيبين بنحو صدقة أو بناء، أو هدم، رد آخذه قيمة نصفه، وكان النصيب القائم بينهما، وإن فاتا تقاصا.[٢]

وتفصيل هذه المسائل في مصطلحي: (قسمة، وخيار العيب).

(١) ابن عابدين ١٦٣/٥، والزيلعي ٢٦٥/٥، والخرشي ١٨٥/٦، ومغني المحتاج ٤١٩/٤، والمغني لابن قدامة ١٢٥/٩، ١٢٦

(٢) فتح العلي المالك لمحمد عليش ١٧٨/٢

الخبرة في الخارص:

١٢ - الخرص: الحزر والتحري، وهو اجتهاد في معرفة قدر الشيء (من التمر والعنب) لمعرفة قدر الزكاة فيه. فإذا بدا صلاح الثمار من التمر والعنب وحل بيعهما ينبغي أن يبعث الإمام من يخرصها، ويعرف قدر الزكاة فيها، وهذا عند جمهور الفقهاء: (المالكية والشافعية والحنابلة).

ويشترط في الخارص أن يكون عالما بالخرص لأنه اجتهاد في معرفة مقدار الثمر والزكاة الواجبة فيه، والجاهل بالشيء ليس من أهل الاجتهاد فيه، ويجزىء خارص واحد إن كان عدلا عارفا، وفي قول عند الشافعية: ويشترط اثنان كالتقويم والشهادة.[١]

وإذا اختلف الخارصون فيعمل بتخريص الأعرف منهم.[٢]

واستدل الجمهور لمشروعية الخرص بأحاديث منها، ماثبت أن النبي ﷺ كان يبعث عبدالله بن رواحة إلى يهود، فيخرص النخل حتى يطيب قبل أن يؤكل منه.[٣]

وقال الحنفية: الخرص ظن وتخمين فلا يلزم به حكم. واستدلوا بما روى الطحاوي من حديث جابر أن رسول الله ﷺ نهى عن الخرص.[١] وقالوا: إن الخرص الوارد في بعض الأحاديث المراد به أن يعلم مقدار مافي نخلهم، ثم تؤخذ منهم الزكاة وقت الصرام على حسب ما يجب فيها. وإنما كان يفعل تخويفا للمزارعين لئلا يخونوا لا ليلزم به حكم.[٢] (ر: خرص).

خبرة القائف:

١٣ - القائف من يعرف الآثار ويتتبعها، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه. وذهب الجمهور خلافا للحنفية إلى أنه يعمل بقول القائف في ثبوت النسب إذا كان خبيرا مجربا، ولم توجد لإثبات نسب الطفل بينة، أو تساوت بينة الطرفين.[٣]

وقد ورد في الأخذ بقول القائف أحاديث منها: حديث عائشة رضي الله عنها قالت: دخل رسول الله ﷺ عليّ ذات يوم وهو مسرور فقال: «يا عائشة ألم تري أن مجززا المدلجي دخل عليّ فرأى

---

(١) الخرشي ١٩٢/٦، ١٩٣، ومغني المحتاج ٣٨٧/١، وحاشية الدسوقي ٤٥٤/١، وجواهر الإكليل ١٢٦/١، والمغني ٧٠٦/٢، ٧٠٧

(٢) جواهر الإكليل ١٢٦/١

(٣) حديث: «أن النبي ﷺ كان يبعث عبدالله بن رواحة إلى يهود» أخرجه أبوداود (٢٦٠/٢ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث عائشة، وفي إسناده جهالة. =

= ولكن له شاهد من حديث عبدالله بن عباس أخرجه أبوداود (٦٩٧/١ - ٦٩٨ تحقيق عزت عبيد دعاس) وإسناده صحيح.

(١) حديث: «نهى عن الخرص» أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤١/٢ - ط مطبعة الأنوار المحمدية) وفي إسناده ضعف.

(٢) المراجع السابقة، وعمدة القاري للعيني ٦٨/٩ - ٦٩

(٣) الصحاح ولسان العرب مادة: (قوف) وتبصرة الحكام ١٢٠/٢، ونهاية المحتاج ٣٥١/٨، ومطالب أولي النهى ٢٦٩/٤

أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض».[(١)]

ويكفي قائف واحد في إلحاق النسب لأنه كحاكم، فيكفي مجرد خبره.

ويشترط فيه بجانب سائر الشروط أن يكون عالما مجربا في الإصابة، لقوله ﷺ: «لا حكيم إلا ذو تجربة»[(٢)] ولأنه أمر علمي فلا بد من العلم بعلمه له وذلك لا يعرف بغير التجربة فيه.

ومن طرق تجربته أن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمه ثلاث مرات، ثم في نسوة هي فيهن، فإذا أصاب في كل فهو مجرب.[(٣)] وتفصيله في مصطلح: (قيافة).

الخبرة في التقويم:

١٤ - اتفق الفقهاء على الأخذ بقول أهل الخبرة من التجار، وأهل الصنعة في قيمة المتلفات

(١) حديث عائشة: «يا عائشة، ألم تري أن مجززا المدلجي» أخرجه البخاري (الفتح ١٢/٥٦ - ط السلفية) ومسلم (٢/١٠٨٢ - ط الحلبي).

(٢) حديث: «لا حكيم إلا ذو تجربة» أخرجه الترمذي (٤/٣٧٩ - ط الحلبي) من حديث أبي سعيد الخدري، وضعفه المناوي في فيض القدير (٦/٤٢٤ - ط المطبعة التجارية).

(٣) حاشية الزرقاني ٦/١١٠، وتبصرة الحكام ٢/١٢٠، ونهاية المحتاج ٨/٣٥١، وحاشية القليوبي ٤/٣٤٩، ومطالب أولي النهى ٤/٢٦٥، ٢٦٦، وكشاف القناع ٤/٢٣٩، ٢٤٠

وأروش الجنايات، وقيمة العرض المسروق، وقيم السلع المبيعة، أو المأجورة لإثبات العيب، أو الجور، أو الغرر ونحوها. قال في الدّر: لو باع الوصي شيئا من مال اليتيم ثم طلب منه بأكثر من ذلك رجع فيه القاضي إلى أهل البصيرة، أي أهل النظر والمعرفة في قيمة ذلك الشيء.[(١)] ونصوص الفقهاء في هذه الأمور كثيرة، منها: ماذكر في مجلة الأحكام أن نقصان الثمن يكون معلوما بإخبار أهل الخبرة الخالين عن الغرض، وذلك بأن يقوم الثوب سالما ثم يقوم معيبا، فما كان بين القيمتين من التفاوت يرجع به المشتري على البائع.[(٢)]

ويقول ابن فرحون: يرجع إلى قول التاجر في قيم المتلفات، ويقبل قول الواحد إلا أن يتعلق بالقيمة حَدٌّ من حدود الله، كتقويم العرض المسروق، هل بلغت قيمته النصاب أو لا؟ فها هنا لا بد من اثنين.[(٣)]

لأن المقوم له ثلاثة أشباه: شبه الشهادة، لأنه إلزام لمعين وهو ظاهر، وشبه الرواية، لأن المقوم متصد لجميع الناس، وهو ضعيف لأن الشاهد كذلك، وشبه الحاكم، لأن حكمه ينفذ في القيمة. فإن تعلق بإخباره حد تعين مراعاة الشهادة.

(١) حاشية ابن عابدين مع الدر المختار ٥/٤٥٩

(٢) مجلة الأحكام العدلية المادة: (٢٤٦)

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٢٣٢

وقال أيضا: يقبل قول المقوم الواحد لأرش الجنايات.

وقال الخرشي: المقوم الذي يترتب على تقويمه قطع، أو غرم فلابد فيه من التعدد وإلا فيكفي فيه الواحد. وقال ابن فرحون: ويرجع إلى أهل المعرفة من التجارة في تقويم المتلفات وعيوب الثياب.[١]

ومثله ما ورد في كتب الشافعية والحنابلة من أن المرجع في معرفة العيب ونقص الثمن إلى العادة والعرف، وتقويم أهل الخبرة من التجار وأهل الصنعة. لكنهم قالوا: إن التقويم لا يكون بالواحد بل يحتاج إلى اثنين، لأنه شهادة بالقيمة فلابد فيه من التعدد.[٢]

وتفصيل هذه المسائل في أبوابها من الضمان، وخيار العيب، والشهادة والغرر ونحوها.

الخبرة في معرفة العيوب الموجبة للخيار:

١٥ ـ اتفق الفقهاء على أنه إذا وجد في المبيع عيب قديم لا يمكن إزالته فللمشتري أن يفسخ البيع ويسترد الثمن.

ومع تفصيلهم وخلافهم في وضع ضابط للعيب الموجب للرد، فإن جمهور الفقهاء على أن المرجع في معرفة العيب وقدمه قول أهل الخبرة، فقد جاء في المجلة: (العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة. ونقصان الثمن يكون معلوما بإخبار أهل المعرفة. ومثله ما ذكره ابن عابدين والزيلعي من الحنفية.[١]

ونحوه ما جاء في كتب المالكية مع اختلاف في العبارة حيث قالوا: القول في نفي العيب أو نفي قدمه للبائع إلا بشهادة العادة أي شهادة أهل المعرفة للمشتري.

وقال ابن فرحون: يجب الرجوع إلى قول أهل البصر والمعرفة من النخاسين[٢] في معرفة عيوب الحيوانات.[٣]

كما نص الشافعية والحنابلة على أنه لو اختلف الطرفان في الموجود هل هو عيب أو لا؟ أو اختلفا في معرفة العيب القديم، رجع فيه لأهل الخبرة، فإن قال أهل الخبرة هو عيب فله الفسخ، وإلا فلا.[٤] ينظر مصطلح (خيار العيب).

خبرة الطبيب والبيطار:

١٦ ـ اتفق الفقهاء على أنه يرجع إلى الأطباء ممن لهم خبرة في معرفة العيوب المتعلقة بالرجال والنساء، وفي معرفة الشجاج والجراح وتحديد

---

(١) تبصرة الحكام ٢٣٢/١، ٧١/٢، والخرشي ١٨٥/٦

(٢) مغني المحتاج ٧١/٥٥/٣، و٤١٩/٤، والمغني لابن قدامة ١٢٩/٩

(١) مجلة الأحكام العدلية م(٣٣٨، ٣٤٦) وحاشية ابن عابدين ٧٢/٤، وتبيين الحقائق للزيلعي ٣٢/٤

(٢) النخاس: بياع الدواب والرقيق (القاموس).

(٣) جواهر الإكليل ٤٨/٢، وحاشية الدسوقي ١٣٦/٣، وانظر تبصرة الحكام ٢٣١/١، ٧٢/٢

(٤) حاشية الجمل ١٤٨/٣، وكشاف القناع ٢٤/٤

أسمائها من الموضحة،والدامية،والدامغة ونحوها. كما اتفقوا على الأخذ بقول البياطرة ممن له خبرة في عيوب الدواب.

وفيما يأتي بعض النصوص من كلام الفقهاء في هذا المجال:

قال ابن فرحون: يرجع إلى أهل الطب والمعرفة بالجراح في معرفة طول الجرح، وعمقه، وعرضه، وهم الذين يتولون القصاص فيشقون في رأس الجاني أو في بدنه مثل ذلك ولا يتولى ذلك المجني عليه.[١]

وجاء في المغني: إذا اختلف في الشجة هل هي موضحة أو لا، أو فيما كان أكثر من ذلك كالهاشمة، والمنقلة، والآمة، والدامغة، أو أصغر منها كالباضعة، والمتلاحمة، والسمحاق، أو في الجائفة وغيرها من الجراح التي لا يعرفها إلا الأطباء،أو اختلفا في داء يختص بمعرفته الأطباء أو في داء الدابة،يؤخذ بقول طبيبين أو بيطارين إذا وجدا،فإن لم يقدر على اثنين أجزأ واحد،لأنه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة.[٢]

وتفصيل هذه المسائل في مواضعها (ر: شهادة، شجاج، خيار العيب).

عدد أهل الخبرة:

١٧ ـ الأصل أن قول أهل الخبرة إن كان على

(١) تبصرة الحكام بهامش فتح العلي المالك ٧١/٢
(٢) المغني لابن قدامة ٢٧٠/٩

جهة الشهادة يجب فيه اثنان عند جمهور الفقهاء، إلا إذا لم يقدر على اثنين. وإن كان على جهة الإخبار والرواية فلا يجب فيه التعدد ويكفي فيه المخبر الواحد ولو كان غير مسلم، ومن هذا القبيل أهل المعرفة في العيوب، ومنهم الطبيب والبيطار، والخارص، والقائف، والقسام، وقايس الشجاج ونحوهم.[١]

واتفقوا على أنه لا يعتبر قول الواحد فيما يتعلق بحد من حدود الله تعالى. قال ابن فرحون: القيمة التي يتعلق بها حد كتقويم العرض المسروق، هل بلغت قيمته النصاب أم لا؟ فها هنا لا بد من اثنين. وقال نقلا عن المدونة: إذا اجتمع عدلان من أهل البصر على أن قيمتها ثلاثة دراهم قطع.[٢]

وقال: ويكفي الواحد فيما يتعلق بالسؤال، وفيما كان علما يؤديه.

ومثله ما قال في قايس الجراح من الاكتفاء بقول الواحد، لأنه ليس على جهة الشهادة.

وجاء في معين الحكام: ما بطن من العيوب في حيوان ـ فالطريق هو الرجوع إلى أهل البصر إن أخبر واحد عدل يثبت العيب في الخصومة. والمشهور عن مالك الاكتفاء بقول القائف

(١) معين الحكام ص١١٥، وتبصرة الحكام ٢٢٩/١، ٢٣٢، الخرشي ١٨٥/٦، وابن سلمون على تبصرة الحكام ٢٢٨/١، ٢٢٩، ومغني المحتاج ٣٨٧/١، والمغني ٧٠٧/٢ و١٢٦/٩، ٢٧٠
(٢) تبصرة الحكام ٢٣٢/١

الواحد في النسب، والتاجر الواحد في قيمة المتلفات، كما ذكر ابن فرحون.

وقال الخرشي: القاسم الواحد يكفي، لأن طريقه عن علم يختص به القليل من الناس كالقائف، والمفتي، والطبيب ولو كافرا، إلا أن يكون وجهه القاضي فيشترط فيه العدالة.[١]

ومثله في كتب الشافعية والحنابلة[٢]

وتفصيل هذه المسائل في مصطلح: (شهادة).

اختلاف أهل الخبرة:

١٨ - إذا اختلف أهل الخبرة في التقويم، أو الخرص، أو العيب في المبيع، أو نحو ذلك فللفقهاء في كل مسألة آراء تنظر في مواضعها، وفيما يلي أمثلة منها:

أ - ذكر الحنفية أنه إذا اختلف التجار، أو أهل الخبرة في وجود العيب في المبيع، فقال بعضهم إنه عيب، وقال الآخرون لا، فليس للمشتري الرد، إذ لم يكن عيبا بينا عند الكل.

وعند المالكية في اختلاف شهود البائع والمشتري في تعيب السلعة وقدم العيب فيها رأيان: الأخذ بأعدل البينتين، وترجيح بينة المبتاع.[٣]

(١) الخرشي ١٨٥/٦، وتبصرة الحكام ٢٢٩/١، ٢٣٢، ومعين الحكام ص١١٦

(٢) مغني المحتاج ٤١٨/٤، ٤١٩، والمغني ١٢٦/٩، ٢٧٠

(٣) ابن عابدين ٧٢/٤، وتبصرة الحكام ٦٩/٢، ٧٠

قال ابن فرحون نقلا عن المتيطية: إذا أثبت مبتاع الدار تشقق الحيطان، وتعيبها، وأنها متهيئة للسقوط، وإن ذلك عيب يحط من ثمنها كثيرا، وأنه أقدم من أمد التبايع، وأنه إنما يظهر من خارج الدار لا من داخلها، وشهد للبائع شهود أن الدار سالمة مما ادعى المبتاع، مأمونة السقوط لاعتدال حيطانها وسلامتها من الميل الذي هو سبب التهدم، وأن التشقق لا يضرها مع أنه لا يخفى على من نظر إليها، وثبت جميع ذلك عند الحاكم، فقال عبدالله بن عتاب: يقضى بأعدل البينتين ممن له بصر بعيوب الدور. وقال ابن القطان: بينة المبتاع أولى، لأن البينة التي توجب الحكم إذا قبلت أعمل من التي تنفيه.

وذهب الشافعية إلى الأخذ بقول أهل الخبرة فيما يختلف فيه البائع والمشتري في معرفة العيب وقدمه. فلو فقد أهل الخبرة أو اختلفوا، صدق المشتري لتحقق العيب القديم، والشك في مسقط الرد.

ومثله ما في كتب الحنابلة في باب الإجارات.[١]

وتفصيله في (خيار العيب).

ب - إذا اختلف المقومون للسرقة فقال بعضهم: لا تبلغ قيمتها ثلاثة دراهم، وقال غيرهم: قيمتها

(١) تبصرة الحكام على هامش فتح العلي المالك ٧٦/٢، ٧٧، والجمل ١٤٨/٣، وكشاف القناع ٢٣/٤، ٢٤

ثلاثة دراهم، قال في المدونة: إذا اجتمع عدلان من أهل البصر على أن قيمتها ثلاثة دراهم قطع وكذا قال مالك في سماع عيسى: إذا اجتمع على السرقة رجلان، لم يلتفت إلى من خالفهما، ثم قال في آخر المسألة نقلا عن مالك: إن دعي أربعة فاجتمع رجلان على قيمة قال: ينظر القاضي إلى أقرب التقويم إلى السداد، بأن يسأل من سواهم حتى يتبين له السداد من ذلك.

ج - إن اختلف الخارصون في قدر التمر الذي خرصوه في وقت واحد يعمل بتخريص الأعرف منهم، ويلغى تخريص ما سواه، وإن لم يكن فيهم أعرف، فيؤخذ من كل قول جزء كما ذكره المالكية.[١] (ر: خرص).



(١) تبصرة الحكام لابن فرحون على هامش فتح العلي المالك ٧٧/٢، وجواهر الإكليل ١٢٦/١

ختـــان

التعريف:

١ - الختان والختانة لغة الاسم من الختن، وهو قطع القلفة من الذكر، والنواة من الأنثى، كما يطلق الختان على موضع القطع.

يقال ختن الغلام والجارية يختِنهما ويختُنهما ختنا.

ويقال غلام مختون وجارية مختونة وغلام وجارية ختين، كما يطلق عليه الخفض والإعذار، وخص بعضهم الختن بالذكر، والخفض بالأنثى، والإعذار مشترك بينهما.[١]

والعذرة: الختان، وهي كذلك الجلدة يقطعها الخاتن. وعذر الغلام والجارية يعذرهما، عذرا وأعذرهما ختنهما.

والعذار والإعذار والعذيرة والعذير طعام الختان.[٢]

ولا يخرج استعمال الفقهاء للمصطلح عن معناه اللغوي.

(١) لسان العرب و المصباح المنير مادة: (ختن). و المطلع على أبواب المقنع ص ٢٨

(٢) لسان العرب والمصباح المنير مادة: (عذر).

حكم الختان:

اختلف الفقهاء في حكم الختان على أقوال:

القول الأول:

٢ ـ ذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] وهو وجه شاذ عند الشافعية،[٣] ورواية عن أحمد[٤]: إلى أن الختان سنة في حق الرجال وليس بواجب. وهو من الفطرة ومن شعائر الإسلام، فلو اجتمع أهل بلدة على تركه حاربهم الإمام ،كما لو تركوا الأذان.

وهو مندوب في حق المرأة عند المالكية، وعند الحنفية والحنابلة في رواية يعتبر ختانها مكرمة وليس بسنة، وفي قول عند الحنفية: إنه سنة في حقهن كذلك، وفي ثالث: إنه مستحب.[٥]

واستدلوا للسنية بحديث ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا: «الختان سنة للرجال مكرمة للنساء»[٦] وبحديث أبي هريرة مرفوعا «خمس من الفطرة الختان، والاستحداد، ونتف الإبط، وتقليم الأظفار، وقص الشارب».[١]

وقد قرن الختان في الحديث بقص الشارب وغيره وليس ذلك واجبا.

ومما يدل على عدم الوجوب كذلك أن الختان قطع جزء من الجسد ابتداء فلم يكن واجبا بالشرع قياسا على قص الأظفار.[٢]

القول الثاني:

٣ ـ ذهب الشافعية[٣] والحنابلة،[٤] وهو مقتضى قول سحنون من المالكية:[٥] إلى أن الختان واجب على الرجال والنساء.

واستدلوا للوجوب بقوله تعالى: ﴿ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا﴾[٦] وقد جاء في حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «اختتن إبراهيم النبي ﷺ وهو ابن ثمانين سنة بالقدوم»[٧] وأمرنا باتباع إبراهيم ﷺ

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤٧٩/٥، والاختيار ١٦٧/٤

(٢) الشرح الصغير ١٥١/٢

(٣) المجموع ٣٠٠/١

(٤) الإنصاف ١٢٤/١

(٥) ينظر الفرق بين السنة والمندوب والمستحب تحت عنوان (استحباب).

(٦) حديث: «الختان سنة للرجال مكرمة للنساء».
أخرجه أحمد (٧٥/٥ ـ ط الميمنية) والبيهقي في سننه (٣٢٥/٨ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث أسامة الهذلي، وأعله البيهقي بأحد رواته.

---

(١) حديث أبي هريرة: «خمس من الفطرة: «الختان والاستحداد...»
أخرجه البخاري (الفتح ٣٣٤/٢٠ ـ ط السلفية) ومسلم (٢٢١/١ ـ ط الحلبي).

(٢) المجموع ٢٨٤/١، ٢٨٥، المنتقى ٢٣٢/٧

(٣) المجموع ١/ ٢٩٨ /٢٩٩، ٣٠١، قليوبي وعميرة ١١/٤، طرح التثريب ٧٥/١، فتح الباري ٣٤١/١٠

(٤) كشاف القناع ٨٠/١، والإنصاف ١٢٣/١

(٥) المنتقى ٢٣٢/٧

(٦) سورة النحل /١٢٣

(٧) حديث: «اختتن إبراهيم النبي ﷺ وهو ابن ثمانين سنة»=

أمر لنا بفعل تلك الأمور التي كان يفعلها فكانت من شرعنا.

وورد في الحديث كذلك: «ألق عنك شعر الكفر واختتن»(١) قالوا: ولأن الختان لو لم يكن واجبا لما جاز كشف العورة من أجله، ولما جاز نظر الخاتن إليها وكلاهما حرام، ومن أدلة الوجوب كذلك أن الختان من شعار المسلمين فكان واجبا كسائر شعارهم.

وفي قوله ﷺ: «إذا التقى الختانان وجب الغسل»(٢) دليل على أن النساء كن يختتن، ولأن هناك فضلة فوجب إزالتها كالرجل. ومن الأدلة على الوجوب أن بقاء القلفة يحبس النجاسة ويمنع صحة الصلاة فتجب إزالتها.

القول الثالث:

٤ ـ هذا القول نص عليه ابن قدامة في المغني، وهو أن الختان واجب على الرجال ،ومكرمة في حق النساء وليس بواجب عليهن.(٣)

= أخرجه البخاري (٣٨٨/٦ ـ ط السلفية) ومسلم (١٨٩٣/٤ ـ ط الحلبي)

(١) حديث: «ألق عنك شعر الكفر واختتن».
أخرجه أبوداود (٢٥٣/١ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس)، وفي إسناده جهالة كما في التلخيص لابن حجر (٨٢/٤ ـط شركة الطباعة الفنية).

(٢) حديث: «إذا التقى الختانان وجب الغسل»
أخرجه الشافعي في الأم (٣٧/١) من حديث عائشة، وأصله في مسلم (٢٧٢/١ ـ ط الحلبي).

(٣) المغني ٨٥/١

مقدار ما يقطع في الختان:

٥ ـ يكون ختان الذكور بقطع الجلدة التي تغطي الحشفة ، وتسمى القلفة ، والغرلة ، بحيث تنكشف الحشفة كلها.

وفي قول عند الحنابلة : إنه إذا اقتصر على أخذ أكثرها جاز. وفي قول ابن كج من الشافعية :إنه يكفي قطع شيء من القلفة وإن قل بشرط أن يستوعب القطع تدوير رأسها.

ويكون ختان الأنثى بقطع ماينطلق عليه الاسم من الجلدة التي كعرف الديك فوق مخرج البول. والسنة فيه أن لا تقطع كلها بل جزء منها.(١)

وذلك لحديث أم عطية ـ رضي الله عنها ـ أن امرأة كانت تختن بالمدينة فقال لها النبي ﷺ: «لا تنهكي فإن ذلك أحظى للمرأة وأحب إلى البعل».(٢)

وقت الختان:

٦ ـ ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الوقت الذي يصير فيه الختان واجبا هو مابعد البلوغ ،لأن الختان من أجل الطهارة ،وهي لاتجب عليه قبله.

(١) المجموع ٣٠٢/١، الخرشي ٤٨/٣، البناية ٢٧٣/١، كشاف القناع ٨٥/١

(٢) حديث أم عطية: «لا تنهكي، فإن ذلك أحظى للمرأة وأحب إلى البعل»
أخرجه أبوداود (٤٢١/٥ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) ثم ضعف إسناده.

ويستحب ختانه في الصغر إلى سن التميز لأنه أرفق به ، ولأنه أسرع برءا فينشأ على أكمل الأحوال.

وللشافعية في تعيين وقت الاستحباب وجهان: الصحيح المفتى به أنه يوم السابع ويحتسب يوم الولادة معه لحديث جابر: «عق رسول الله ﷺ عن الحسن والحسين وختنهما لسبعة أيام»[1]، وفي مقابله وهو ما عليه الأكثرون أنه اليوم السابع بعد يوم الولادة. وفي قول للحنابلة والمالكية: إن المستحب مابين العام السابع إلى العاشر من عمره ،لأنها السن التي يؤمر فيها بالصلاة، وفي رواية عن مالك أنه وقت الأثغار، إذا سقطت أسنانه، والأشبه عند الحنفية أن العبرة بطاقة الصبي إذ لاتقدير فيه فيترك تقديره إلى الرأي، وفي قول: إنه إذا بلغ العاشرة لزيادة الأمر بالصلاة إذا بلغها. وكره الحنفية والمالكية والحنابلة الختان يوم السابع لأن فيه تشبها باليهود.[2]

(١) حديث جابر:عق رسول الله ﷺ عن الحسن والحسين وختنهما لسبعة أ يام.
أخرجه البيهقي (٣٢٤/٨ـ ط دائرة المعارف العثمانية) وفي إسناده راو متكلم فيه،وقدأورد الذهبي من مناكيره هذا الحديث في الميزان (٨٥/٢ ـط الحلبي).

(٢) حاشية ابن عابدين ٤٧٨/٥،مواهب الجليل ٢٥٨/٣،المجموع ٣١٣/١، الإنصاف ١٢٤/١،حاشية الجمل على شرح المنهج ١٧٤/٥،النووي على مسلم ١٤٨/٣

ختان من لا يقوى على الختان:

٧ ـ من كان ضعيف الخلقة بحيث لو ختن خيف عليه ،لم يجز أن يختن حتى عند القائلين بوجوبه ،بل يؤجل حتى يصير بحيث يغلب على الظن سلامته ،لأنه لا تعبد فيما يفضي إلى التلف، ولأن بعض الواجبات يسقط بخوف الهلاك فالسنة أحرى، وهذا عند من يقول إن الختان سنة.

وللحنابلة تفصيل في مذهبهم ، ملخصه أن وجوب الختان يسقط عمن خاف تلفا ،ولا يحرم مع خوف التلف لأنه غير متيقن، أما من يعلم أنه يتلف به وجزم بذلك فإنه يحرم عليه الختان[1] لقوله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾[2]

من مات غير مختون:

٨ ـ لا يختن الميت الأقلف الذي مات غير مختون. لأن الختان كان تكليفا، وقد زال بالموت، ولأن المقصود من الختان التطهير من النجاسة، وقد زالت الحاجة بموته. ولأنه جزء من الميت فلا يقطع ،كيده المستحقة في قطع السرقة ، أو القصاص وهي لا تقطع من الميت، وخالف الختان قص الشعر والظفر ،لأنهما يزالان في

(١) المجموع٣٠٤/١، فتح القدير ٤٣/١،الشرح الصغيرمع حاشية الصاوي عليه ١٥٢/٢،الخرشي على خليل ٤٨/٣، مطالب أولي النهى ٩١/١

(٢) سورة البقرة /١٩٥

الحياة للزينة، والميت يشارك الحي في ذلك، أما الختان فإنه يفعل للتكليف به، وقد زال بالموت.

وفي قول ثان للشافعية :إنه يختن الكبير والصغير لأنه كالشعر والظفر وهي تزال من الميت. والقول الثالث عندهم :إنه يختن الكبير دون الصغير ،لأنه وجب على البالغ دون الصغير.[١]

من ولد مختونا بلا قلفة:

٩ ـ من ولد مختونا بلا قلفة فلا ختان عليه لا إيجابا ولا استحبابا، فإن وجد من القلفة شيء يغطي الحشفة أو بعضها ،وجب قطعه كما لو ختن ختانا غير كامل ،فإنه يجب تكميله ثانيا حتى يبين جميع القلفة التي جرت العادة بإزالتها في الختان.

وفي قول عند المالكية :إنه تجري عليه الموسى ،فإن كان فيه مايقطع قطع.[٢]

تضمين الخاتن:

١٠ ـ اتفق الفقهاء على تضمين الخاتن إذا مات المختون بسبب سراية جرح الختان، أو إذا جاوز القطع إلى الحشفة أو بعضها أو قطع في غير محل القطع.

وحكمه في الضمان حكم الطبيب أي أنه يضمن مع التفريط أو التعدي وإذا لم يكن من أهل المعرفة بالختان.[١]

وللفقهاء تفصيل في هذه المسألة:

فذهب الحنفية إلى أن الخاتن إذا ختن صبيا فقطع حشفته ومات الصبي ،فعلى عاقلة الخاتن نصف ديته ،وإن لم يمت فعلى عاقلته الدية كلها، وذلك لأن الموت حصل بفعلين: أحدهما مأذون فيه وهو قطع القلفة، والآخر غير مأذون فيه وهو قطع الحشفة، فيجب نصف الضمان. أما إذا برىء فيجعل قطع الجلدة وهو المأذون فيه كأن لم يكن ،وقطع الحشفة غير مأذون فيه فوجب ضمان الحشفة كاملا وهو الدية، لأن الحشفة عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيقدر بدله ببدل النفس كما في قطع اللسان.[٢]

وذهب المالكية إلى أنه لا ضمان على الخاتن إذا كان عارفا متقنا لمهنته ولم يخطىء في فعله كالطبيب، لأن الختان فيه تغرير فكأن المختون عرّض نفسه لما أصابه.

فإن كان الخاتن من أهل المعرفة بالختان

(١) المجموع ٣٠٤/١، ١٨٣/٥ فتح القدير ١/ ٤٥١ الخرشي على خليل ١٣٦/٢، مطالب أولي النهى ٨٥٨/١، كشاف القناع ٩٧/٢

(٢) المجموع ٣٠٧/١، الاختيار ١٦٧/٤، مواهب الجليل ٢٥٨/٣، الخرشي ٤٨/٣، مطالب أولي النهى ٩١/١

(١) فتح القدير ٢٠٦/٧، حاشية ابن عابدين ٣٦٤/٥ و٤٠٠، نهاية المحتاج ٣٣/٨، ٣٤، حاشية الدسوقي ٢٨/٤، جواهر الإكليل ١٩١/٢، كشاف القناع ٣٤/٤ ـ ٣٥

(٢) فتح القدير ٢٠٦/٧، حاشية ابن عابدين ٣٦٤/٥، ٤٠٠

وأخطأ في فعله فالدية على عاقلته، فإن لم يكن من أهل المعرفة عوقب، وفي كون الدية على عاقلته أو في ماله قولان: فلابن القاسم إنها على العاقلة ،وعن مالك وهو الراجح إنها في ماله. لأن فعله عمد والعاقلة لا تحمل عمدا.(١)

وذهب الشافعية إلى أن الخاتن إذا تعدى بالجرح المهلك ،كأن ختنه في سن لا يحتمله لضعف ونحوه أو شدة حر أو برد فمات لزمه القصاص، فإن ظن كونه محتملا فالمتجه عدم القود لانتفاء التعدي. ويستثنى من حكم القود الوالد وإن علا ،لأنه لا يقتل بولده ،وتلزمه دية مغلظة في ماله لأنه عمد محض. فإن احتمل الختان وختنه ولي ،أو وصي ،أو قيم فمات ،فلا ضمان في الأصح لإحسانه بالختان ،إذ هو أسهل عليه مادام صغيرا بخلاف الأجنبي لتعديه ولو مع قصد إقامة الشعار.

ولم ير الزركشي القود في هذه الحالة على الأجنبي أيضا لأنه ظن أنه يقيم شعيرة.(٢)

وذهب الحنابلة إلى أنه لا ضمان على الخاتن إذا عرف منه حذق الصنعة ،ولم تجن يده، لأنه فعل فعلا مباحا فلم يضمن سرايته كما في الحدود، وكذلك لا ضمان إذا كان الختان بإذن وليه ،أو ولي غيره أو الحاكم. فإن لم يكن له حذق في الصنعة ضمن ،لأنه لا يحل له مباشرة القطع، فإن قطع فقد فعل محرما غير مأذون فيه، لقوله ﷺ: «من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن»(١) وكذلك يضمن إذا أذن له الولي وكان حاذقا ولكن جنت يده ولو خطأ ،مثل أن جاوز قطع الختان فقطع الحشفة أو بعضها ،أو غير محل القطع ،أو قطع بآلة يكثر ألمها ،أو في وقت لا يصلح القطع فيه. وكذلك يضمن إذا قطع بغير إذن الولي.(٢)

آداب الختان:

١١ - تشرع الوليمة للختان وتسمى الإعذار والعذار ،والعذرة ،والعذير.

والسنة إظهار ختان الذكر ،وإخفاء ختان الأنثى.

وصرح الشافعية بأنها تستحب في الذكر ولا بأس بها في الأنثى للنساء فيما بينهن،(٣) والتفصيل في (وليمة، ودعوة).

---

(١) حاشية الدسوقي ٤/٢٨

(٢) نهاية المحتاج ٨/٣٣، ٣٤

(١) حديث: «من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن» أخرجه أبوداود (٤/٧١٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم (٤/٢١٢ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث عبدالله بن عمرو، وصححه الحاكم و وافقه الذهبي.

(٢) كشاف القناع ٤/٣٤ - ٣٥

(٣) فتح الباري ١٠/٣٤٣آ القليوبي ٣/٢٩٤

خديعة

التعريف:

١ ـ الخديعة والخدعة مصدر خدع يخدع إظهار الإنسان خلاف ما يخفيه. أو هو بمعنى الختل وإرادة المكروه. والفاعل: الخادع، وخدّاع وخدوع مبالغة، والخُدعة ـ بالضم ـ ما يخدع به الانسان مثل اللعبة لما يلعب به والحرب خدعة ـ مثلثة الخاء ـ والفتح أفصح. قال ثعلب: بلغنا أنها لغة النبي ﷺ.[(١)]

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن هذا.

الألفاظ ذات الصلة:

أ ـ الغـدر:

٢ ـ الغدر ، هو ترك الوفاء بالعهد، أو نقضه. يقال: غدره وغدر به غدرا: أي خانه، ونقض عهده.

ب ـ الغبـن:

٣ ـ هو من غبنه يغبنه غبنا ـ بتسكين الباء ـ في البيع أي: خدعه، وغبن الرأي وغبن فيه غبنا وغبنا ـ بفتح الباء ـ غلط فيه ونسيه وأغفله.[(١)]

والغبن عند الفقهاء يكون في البيع خاصة. فهو أخص من الخديعة.

ج ـ الخيانـة:

٤ ـ الخيانة: التفريط في العهد والأمانة وترك النصح فيها.[(٢)] والخديعة قد تكون مع خيانة الأمانة وقد لا تكون.

د ـ الغرور ، والتغرير:

٥ ـ الغرور مصدر غره يغره غرورا، إذا خدعه وأطمعه بالباطل.[(٣)]

والتغرير إيقاع الشخص في الغرر.

والغرر ما انطوت عنك عاقبته، أو ما تردد بين أمرين أغلبهما أخوفهما.[(٤)]

هـ ـ الغـش:

٦ ـ وهو مصدر غشه يغشه ـ بالضم ـ غشا لم يمحضه النصح ، أو أظهر له خلاف ما يبطنه، يقال: شيء مغشوش.[(٥)]

---

(١) المصباح المنير، وتاج العروس، ولسان العرب.

---

(١) تاج العروس ولسان العرب.

(٢) مختار الصحاح والقاموس المحيط ولسان العرب.

(٣) القاموس المحيط.

(٤) القليوبي ١٦١/٢

(٥) تاج العروس، ولسان العرب.

و - التدليس :

٧ - التدليس ، كتمان عيب الشيء وأكثر ما يكون في البيع.[١]

فالتدليس نوع من الخديعة.

ز - التورية:

٨ - وهي من ورّى الخبر تورية: أي ستره، وأظهر غيره.[٢]

فهي أيضا نوع من الخديعة.

ح - التزوير:

٩ - هو تحسين الشيء، ووصفه بخلاف صفته حتى يخيل إلى من يسمعه أو يراه أنه بخلاف ماهو عليه في الحقيقة ، فهو تمويه الباطل بما يوهم أنه حق. وأكثر ما يكون في المستندات من الوثائق والشهادات.[٣]

ط - الحيلة:

١٠ - هي في اللغة الحذق وجودة النظر والقدرة علَى التصرف في تدبير الأمور.

وقد ذكر ابن القيم أنه غلب في العرف على الحيلة استعمالها في سلوك الطرق الخفية التي يتوصل بها الرجل إلى حصول غرضه ، بحيث لا

(١) المغـرب.

(٢) مختار الصحاح مادة: (ورّى).

(٣) سبل السلام ١٣٠/٤

يتفطن له إلا بنوع من الذكاء والفطنة.[١]

وقال الراغب: وأكثر استعمالها فيما في تعاطيه خبث، وقد يستعمل فيما في استعماله حكمة.[٢]

الحكم التكليفي:

١١ - الخديعة بمعنى - إظهار الإنسان خلاف ما يخفيه - حرام إذا كان فيها خيانة أمانة ، أو نقض عهد.

وهذا لا يعلم فيه خلاف بين علماء الأمة، وتواترت نصوص الكتاب والسنة المطهرة في النهي عنها.

قال الله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[٣] وقوله: ﴿فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم﴾[٤]

وجاء في الحديث: «يطبع المؤمن على الخلال كلها إلا الخيانة والكذب». [٥]وقال النبي ﷺ: «إنه لا ينبغي لنبي أن تكون له خائنة الأعين»[٦]

(١) أعلام الموقعين ٢٥٢/٣

(٢) المفـردات.

(٣) سورة المـائدة /١

(٤) سورة التوبـة /٤

(٥) حديث: «يطبع المؤمن .....» أخرجه أحمد (٢٥٢/٥ - ط الميمنية) من حديث أبي أمامة، وأعله الهيثمي في المجمع (٩٢/١ - ط القدسي) بالانقطاع بين الأعمش وأبي أمامة.

(٦) حديث: «إنه لا ينبغي لنبي .....» أخرجه أبوداود (١٣٣/٣ - ١٣٤ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم (٤٥/٣ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث سعد بن أبي وقاص. وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

وعدها النبي ﷺ من علامات النفاق فقال: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أؤتمن خان». [١]

وقال النبي عليه الصلاة والسلام: «إني لا أخيس بالعهد ولا أحبس البُرُد» [٢].

قال الصنعاني في سبل السلام: في الحديث دليل على حفظ العهد، والوفاء به. ونهى النبي ﷺ: عن عقود معينة تدخل فيها الخديعة من النجش، والتصرية، وتلقي الركبان. ونص الفقهاء على أن للمخدوع فيها حق خيار الفسخ، وعن ابن عمر رضي الله عنهما: قال: إن رجلا ذكر للنبي ﷺ أنه يخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل لا خلابة» أي لا خديعة. [٣]

(ر: نجش، وتصرية، وتدليس).

الخديعة في حق غير المسلمين:

١٢ - أما الخديعة في حق غير المسلمين في الحرب، فإن كان بينهم وبين المسلمين عهد، فلا يجوز الخدع، ولا التبييت بالهجوم الغادر، وهم آمنون مطمئنون إلى عهد لم ينقض، ولم ينبذ، حتى لو كنا نخشى الخيانة من جانبهم. [١] قال تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ [٢] وقال: ﴿فأتموا إليهم عهدهم إلى مدتهم ﴾ [٣] وقال: ﴿فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم﴾. [٤]

وأما إذا استشعر الإمام عزمهم على الخيانة بأمارات تدل عليها لا بمجرد توهم، لم ينتقض عهدهم، ولا يجوز خدعهم ولا تبييتهم بهجوم غادر، وهم آمنون مطمئنون إلى عهد لم ينقض، ولم ينبذ. بل ينبذ إليهم العهد ثم يقاتلهم. [٥]

قال الله تعالى: ﴿وإما تخافن من قوم خيانة، فانبذ إليهم على سواء إن الله لا يحب الخائنين﴾. [٦]

قال الشوكاني في تفسير الآية: إما تخافن من قوم خيانة: أي غشا، ونقضا للعهد من القوم المعاهدين فاطرح إليهم العهد الذي بينك وبينهم، على سواء أي أخبرهم إخبارا ظاهرا مكشوفا بالنقض، ولا تناجزهم الحرب بغتة. [٧]

١٣ - فأما بعد أن نبذ إليهم عهدهم، وصار علمهم وعلم المسلمين بنقضه على سواء، وبعد أن أخذ كل خصم حذره، فإن كل وسائل

---

(١) حديث: «آية المنافق ثلاث: إذا حدث....» أخرجه البخاري (الفتح ٨٩/١ - ط السلفية) ومسلم (٧٨/١ - ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(٢) حديث: «إني لا أخيس بالعهد، ولا أحبس البرد» أخرجه أبوداود (١٨٩/٣ - ١٩٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث أبي رافع وإسناده صحيح.

(٣) حديث: «إذا بايعت فقل: لا خلابة» أخرجه البخاري (الفتح ٣٣٧/٤ - ط السلفية).

(١) المغني ٤٦٢/٨، شرح روض الطالب ٢٢٥/٤، حاشية ابن عابدين ٢٢٤/٣

(٢) سورة المائدة /١ (٣) سورة التوبة /٤

(٤) سورة التوبة /٧

(٥) أسنى المطالب ٢٢٦/٤، المغني ٤٦٣/٨

(٦) سورة الأنفال /٥٨

(٧) فتح القدير تفسير آية ٥٨ من سورة الأنفال.

الخدعة مباحة، لأنها ليست غادرة، فمن جازت عليه الخدعة والحالة هذه، فهو غافل وليس بمغدور به. قال رسول الله ﷺ: «الحرب خدعة»[١] وجاء في فتح الباري في الحديث: الأمر باستعمال الحيلة في الحرب مهما أمكن، والندب إلى خداع الكفار، قال النووي: اتفقوا على جواز خداع الكفار في الحرب كلما أمكن، إلا أن يكون فيه نقض عهد، أو أمان فلا يجوز.

(ر: أمان، عهد، هدنة).

وفيه الإشارة إلى استعمال الرأي في الحرب بل الاحتياج إليه أكثر من الشجاعة.[٢] وقال ابن المنير: معنى «الحرب خدعة» الحرب الجيدة لصاحبها الكاملة في مقصودها إنما هي المخادعة، لا المواجهة، وذلك لخطر المواجهة وحصول الظفر مع المخادعة بغير خطر.[٣]

قال النووي: قال العلماء: إذا دعت مصلحة شرعية راجحة إلى خداع المخاطب، أو حاجة لا مندوحة عنها إلا بالكذب، فلا بأس بالتورية، والتعريض.

وإن لم يكن شيء من ذلك فهو مكروه، وليس بحرام إلا أن يتوصل به إلى أخذ باطل، أو دفع

(١) حديث: «الحرب خدعة»
أخرجه البخاري (الفتح ١٥٨/٦ ـ ط السلفية). ومسلم (١٣٦١/٣ ط الحلبي) من حديث جابر بن عبدالله.
(٢) فتح الباري ١٥٨/٦ ـ ١٥٩، المغني ٣٦٩/٨
(٣) المصدر السابق.

حق فيصير عندئذ حراما.[١]

وفي التورية قول محمد بن مسلمة، في قصة كعب بن الأشرف بعد أن استأذن النبي ﷺ أن يقول: كما جاء في حديث جابر: «إنّ هذا أي: النبي ﷺ قد عنّانا، وسألنا الصدقة، فإنا اتبعناه فنكره أن ندعه»[٢] وكل هذه الكلمات تورية: وقصد بها إلى معنى غير المعنى المتبادر منها.

ومعنى عنّانا: كلفنا بالأوامر والنواهي.

ومعنى سألنا الصدقة: طلبها ليضعها في مكانها الصحيح.

ونكره أن ندعه: نكره أن نفارقه.[٣]

وكان النبي ﷺ إذا أراد أن يغزو غزوة ورّى بغيرها.[٤]

والمراد أنه إذا كان يريد غزو جهة فلا يظهرها ويظهر غيرها، كأن يريد أن يغزو جهة الشرق، فيسأل عن أمر في جهة الغرب، فيتجهز للسفر فيظن من يراه، ويسمعه أنه يريد جهة الغرب.[٥] وهذا في الغالب فقد صرح بجهة غزوة تبوك للتأهب لها..

(١) الأذكار للنووي ص٣٣٨، فتح الباري ١٥٩/٦
(٢) مقالة كعب: إن هذا قد عنانا، وسألنا الصدقة» أخرجه البخاري (الفتح ١١٣/٨ ـ ط السلفية).
(٣) فتح الباري ١٥٩/٦
(٤) حديث: «كان إذا أراد أن يغزو غزوة ورى بغيرها...» أخرجه البخاري (الفتح ١١٣/٨ ـ ط السلفية). ومسلم (٢١٢٨/٤ ـ ط الحلبي) من حديث كعب بن مالك.
(٥) المصدر السابق.

خدمة

التعريف:

١ - الخدمة مصدر خدم وهي المهنة، وقيل: وهي بالكسر الاسم، وبالفتح المصدر. والخدم والخدام جمع خادم، والخادم يصدق على الذكر والأنثى، لأنه يجري مجرى الأسماء غير المأخوذة من الأفعال. ويقال للأنثى في لغة قليلة خادمة.

واستخدمه واختدمه جعله خادما، أو سأله أن يخدمه، وأخدمت فلانا: أي أعطيته خادما يخدمه.[1]

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

الألفاظ ذات الصلة:

أ - المهنة:

٢ - المهنة - بفتح الميم وكسرها - الحذق في الخدمة والعمل، ومهن يمهن مهنا إذا عمل في صنعة، ومهنهم خدمهم وامتهنته أي: استخدمته وابتذلته.

(١) تاج العروس، ولسان العرب، والمصباح المنير مادة: (خدم) ومغني المحتاج ٤٣٣/٣، وكشاف القناع ٤٦٣/٥

والماهن الخادم، والأنثى ماهنة، والجمع مهان، ويقال: للأنثى بالخرقاء لا تحسن المهنة، أي لا تحسن الخدمة.

والمهنة الخدمة والابتذال، والمهين الضعيف ومنه قوله تعالى: ﴿ألم نخلقكم من ماء مهين﴾[1]

وخرج في ثياب مهنته أي: في ثياب خدمته التي يلبسها في أشغاله وتصرفاته.[2]

فالمهنة أخص، لأن فيها الحذق، وتطلق على الصنعة.

ب - العمل:

٣ - والعمل هو المهنة والفعل، والجمع أعمال.

والعامل هو الذي يتولى أمور الرجل في ماله، أو ملكه، أو عمله، والجمع عمال وعاملون. والعملة والعمالة، أجر ما عمل، أو رزق العامل الذي جعل له على ما قلد من العمل، والعملة هم القوم يعملون بأيديهم ضروبا من العمل في طين أو حفر أو غيره.[3]

والعلاقة بين العمل والخدمة أن العمل أعم من الخدمة.

الأحكام المتعلقة بالخدمة:

خدمة المرأة للرجل وعكسه:

٤ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز استئجار

(١) سورة المرسلات /٢٠

(٢) لسان العرب، والمصباح المنير مادة: (مهن).

(٣) لسان العرب، والمصباح المنير مادة: (عمل).

الرجل الأعزب المرأة الأجنبية البالغة للخدمة في بيته، مأمونا كان أو غير مأمون وذلك اتقاء للفتنة،ولأن الخلوة بها معصية إلا إذا كان الرجل محرما لها،أو صغيرا،أو شيخا هرما،أو ممسوحا أو مجبوبا،أو كانت المرأة الخادمة صغيرة لا تشتهى.

ولا فرق عند الجمهور بين المرأة الحرة وبين الأمة،ولا بين الجميلة وبين غيرها.وفي وجه عند الشافعية، أو كانت قبيحة يؤمن من الرجل الأجنبي عليها،فحينئذ لا تحرم خدمتها له في بيته لانتفاء خوف الفتنة.

والحرمة - عند الجمهور - إذا كانت الخدمة تتطلب الخلوة، أما إذا لم تكن تتطلب الخلوة فيجوز، وكذا إذا كان الرجل مريضا ولم يجد من يخدمه.

وذهب بعض الفقهاء إلى جواز استخدام المرأة الأجنبية الرجل جميلة كانت أو غير جميلة متجالة أو غير متجالة،إلا أن بعض الفقهاء فرق بين المتجالة وغير المتجالة،كما فرقوا بين الرجل العزب الذي لا نساء عنده من قرابات وزوجات،وبين غيره ممن لديه زوجة أو قريبة.قال أحمد: يجوز للرجل أن يستأجر الأمة والحرة للخدمة،ولكن يصرف وجهه عن النظر ليست الأمة مثل الحرة ولا يخلو معها في بيت ولا ينظر إليها متجردة ولا إلى شعرها.

وقال أبوحنيفة: «أكره أن يستأجر الرجل امرأة حرة يستخدمها ويخلو بها وكذلك الأمة.

قال الكاساني: وهو قول أبي يوسف ومحمد: أما الخلوة، فلأن الخلوة بالمرأة الأجنبية معصية.

وأما الاستخدام فلأنه لا يؤمن معه الاطلاع عليها والوقوع في المعصية.

وفي المدونة قيل لابن القاسم: أرأيت لو أن رجلا استأجر امرأة حرة أو أمة تخدمه وهو عزب أيجوز هذا أم لا؟ قال: سمعت مالكا وسئل عن امرأة تعادل الرجل في المحمل وليس بينهما محرم فكره ذلك، فالذي يستأجر المرأة تخدمه وليس بينهما محرم، وليس له أهل، وهو يخلو معها أشد عندي كراهية من الذي تعادله المرأة في المحمل.[1]

أما خادم المرأة فلا يجوز أن يكون رجلا كبيرا ممن لا يحل له النظر إليها،لأن الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله، فلا يسلم من النظر والخلوة المحرمة إلا إذا كان الخادم صبيا لم يبلغ الحلم،أو محرما للمرأة المخدومة،أو عبدا مملوكها،أو ممسوحا ، أو نحوه فيجوز أن يخدمها.

وهذا في الخدمة الباطنة، أما الخدمة الظاهرة

---

(١) البدائع ١٨٩/٤، حاشية ابن عابدين ٣٣٣/٢ - ٣٣٤، مواهب الجليل ٣٩٣/٥، القوانين الفقهية ص٣٧٨، المجموع ٢٩/١٥، مغني المحتاج ٢٦٥/٢، ٣٣٧، روضة الطالبين ٤٢٧/٤ ،نهاية المحتاج ٢٣٢/٤،المغني لابن قدامة ٤٦٧/٥،كشاف القناع ٦٤/٤،الإنصاف ١٠٢/٦،المدونة الكبرى ٤٣٢/٤، القليوبي وعميرة ١٨/٣، تحفة المحتاج ٤١٧/٥

مثل قضاء الحوائج من السوق ، فيجوز أن يتولاها الرجل الأجنبي.

قال الحطاب: وسئل عن المرأة العزبة الكبيرة تلجأ إلى الرجل، فيقوم لها بحوائجها ويناولها الحاجة،هل ترى له ذلك جائزا؟ قال: لا بأس به وليدخل معه غيره أحب إليّ، ولو تركها الناس لضاعت، وهذا على ما قال إنه جائز للرجل أن يقوم للمرأة الأجنبية بحوائجها ويناولها الحاجة إذا غض بصره عما لا يحل له النظر إليه ، مما لا يظهر من زينتها،لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾[١] وذلك الوجه والكفان على ما قاله أهل التأويل، فجائز للرجل أن ينظر إلى ذلك من المرأة عند الحاجة والضرورة،فإن اضطر إلى الدخول عليها أدخل غيره معه ليبعد سوء الظن عن نفسه.[٢]

خدمة المسلم للكافر:

٥ ـ اتفق الفقهاء على أنه يحرم على المسلم حرا كان أو عبدا أن يخدم الكافر، سواء أكان ذلك بإجارة أو إعارة، ولاتصح الإجارة ولا الإعارة لذلك، لأن في ذلك إهانة للمسلم وإذلالا له، وتعظيما للكافر،واحتجوا بقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾[١]

وأما إذا آجر المسلم نفسه للكافر لعمل معين في الذمة،كخياطة ثوب أو قصارته جاز،لأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلالا ولا استخداما. قال ابن قدامة: بغير خلاف نعلمه، لأن عليا رضي الله عنه آجر نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة.[٢] وكذا إن آجر نفسه منه لعمل غير الخدمة مدة معلومة جاز أيضا.

وكذا إعارة عبد مسلم لكافر لعمل معين لا يقتضي الخدمة فهو جائز أيضا.

ويشترط فيما جاز من الإجارة والإعارة أن لايكون العمل مما لا يحرم على المسلم ،كرعي الخنازير أو حمل الخمر.[٣]

خدمة الوالد للولد وعكسه:

٦ ـ إذا قام الوالد بنفسه بخدمة ولده فلا كراهة في ذلك، وتجب عليه الخدمة أو الإخدام لولده

---

(١) سورة النور /٣١

(٢) حاشية ابن عابدين ٢٧٣/١، ٣٣٣/٢، ٢٣٨/٥، مواهب الجليل ٣٩٣/٥، مغني المحتاج ٢٦٥/٢، ١٣١/٣، ٤٣٢/٣، المغني لابن قدامة ٥٦٩/٧، الفواكه الدواني ١٠٨/٢، القليوبي وعميرة ١٨/٣، تحفة المحتاج ٤١٧/٥، وجواهر الإكليل ١٤٥/٢

(١) سورة النساء /١٤١

(٢) حديث: «أجر علي نفسه من يهودي ـ» أخرجه ابن ماجة (١٨١/٢ ـ ط الحلبي)، وقال البوصيري: «في إسناده حنش، واسمه حسين بن قيس، ضعفه أحمد وغيره».

(٣) البدائع ١٨٩/٤، الخرشي على مختصر خليل ١٩/٧، حاشية الجمل على شرح المنهج ٤٥٦/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١٨/٤، المغني لابن قدامة ٥٥٤/٥، نهاية المحتاج ٢٣٢/٤، القليوبي وعميرة ١٨/٣

الصغير أو المريض، أو العاجز، إذا كان فقيرا.

واختلف الفقهاء في حكم استخدام الفرع لأصله.

فذهب الحنفية والمالكية وبعض الشافعية إلى عدم جواز ذلك لما فيه من الإهانة والإذلال والاستخفاف الذي لا يليق بمكانة الأبوة.

وعليه فلا يجوز للولد أن يستأجر والده للاستخدام وإن علا، وكذلك والدته سواء أكان هذا الوالد مسلما أم كافرا، لأنه مأمور بتعظيم والده وإن اختلف الدين، وفي الاستخدام استخفاف به فكان حراما، قال الله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾[1] وهذا الأمر ورد في حق الأبوين الكافرين، لأنه معطوف على قوله تعالى: ﴿وإن جاهداك على أن تشرك بي ماليس لك به علم فلا تطعهما﴾[2] الآية.

وذهب الحنابلة والشافعية في المعتمد إلى أنه يكره للولد تنزيها استخدام أحد أصوله وإن علا لصيانتهم عن الإذلال.

أما خدمة الولد لوالده، أو استخدام الأب لولده فجائز بلا خلاف، بل إن ذلك من البر المأمور به شرعا، ويكون واجبا على الولد خدمة أو إخدام والده عند الحاجة، ولهذا فلا يجوز له أن يأخذ أجرة عليها، لأنها مستحقة عليه ومن قضى

(١) سورة لقمان /١٥

(٢) سورة لقمان /١٥

حقا مستحقا عليه لغيره لا يجوز له أخذ الأجرة عليه.[1]

مايتعلق بالخادم من أحكام:

أ ـ إخدام الزوجة:

٧ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجب على الزوج إخدام زوجته التي لا يليق بها خدمة نفسها بأن كانت تخدم في بيت أبيها، أو كانت من ذوي الأقدار، لكون هذا من حقها في المعاشرة بالمعروف المأمور بها في قوله تعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾[2] ولأن هذا من كفايتها ومما يحتاج إليه في الدوام فأشبه النفقة.

كما اتفقوا على أن الإخدام يجب على الزوج للزوجة المريضة، والمصابة بعاهة لا تستطيع معها خدمة نفسها، وإن كانت ممن لا يخدم مثلها، لأن مثل هذه لا تستغني عن الخدمة.

والمالكية أيضا يرون وجوب إخدام الزوج زوجته، لكن قالوا: يجب عليه ذلك إن كان الزوج ذا سعة وهي ذات قدر ليس شأنها الخدمة، أو كان هو ذا قدر تزري خدمة زوجته به.[3]

(١) البدائع ٢/٢٧٨، ٤/١٩٠، حاشية ابن عابدين ٢/٣٣٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤٣٥، مغني المحتاج ٢/٣٣٧، ٣/٢١٣، روضة الطالبين ٥/١٨٦، ٤/٤٢٧، الكشاف ٤/٦٤، الإنصاف ٦/١٠٢، المغني لابن قدامة ٥/٢٢٥

(٢) سورة النساء /١٩

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٢/٥١٠

وقال الحنفية: إذا امتنعت المرأة عن الطحن والخبز، إن كانت ممن لا تخدم، أو كان بها علة فعليه أن يأتيها بطعام مهيأ، وإلا بأن كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه، ولا يجوز لها أخذ الأجرة على ذلك، لوجوبه عليها ديانة ولو شريفة، لأنه عليه الصلاة والسلام قسم الأعمال بين عليّ وفاطمة، فجعل أعمال الخارج على عليّ رضي الله عنه والداخل على فاطمة رضي الله تعالى عنها[١] مع أنها سيدة نساء العالمين فإن كان لها خادم فعلى الزوج نفقته.[٢]

ب ـ الإخدام بأكثر من خادم:

٨ ـ اختلف الفقهاء في إلزام الزوج بأكثر من خادم.

فذهب جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يلزمه أكثر من خادم واحد، لأن المستحق خدمتها في نفسها ويحصل ذلك بخادم واحد.[٣] وذهب المالكية وأبويوسف من الحنفية إلى أنه إذا كان حالها ومنصبها يقتضي خادمين أو أكثر فلها ذلك.

قال أبويوسف من الحنفية: إن المرأة إذا كانت غنية وزفت إليه بخدم كثير استحقت نفقة الجميع، وكذلك إذا كانت ممن يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد، فعلى الزوج أن ينفق على من لابد منه من الخدم ممن هو أكثر من الخادم الواحد، أو الإثنين أو أكثر من ذلك.

قال ابن عابدين: الحاصل: أن المذهب الاقتصار على الواحد مطلقا، والمأخوذ به عند المشايخ قول أبي يوسف.

فإن كانت المرأة لا يخدم في بيت أبيها مثلا، فلا يجب عليه الإخدام، بل يلزمها أن تقوم بخدمة نفسها الباطنة (أي في داخل المنزل) من عجن وطبخ، وكنس، وفرش، واستقاء ماء إذا كان معها في البيت، وليس عليها غزل، ولا نسج، وعليه أن يشتري لها من السوق ما تحتاجه لأن هذا من تمام الكفاية.

ج ـ تبديل الخادم:

٩ ـ اختلف الفقهاء في جواز تبديل الزوج خادمها الذي حملته معها، أو أخدمها إياه هو (وألفته).

فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية إلى عدم جواز ذلك له لتضررها بقطع المألوف، ولأنها قد لا تتهيأ لها الخدمة بالخادم

(١) حديث: «قسم ﷺ الأعمال بين علي وفاطمة، فجعل» ذكر ابن حجرفي الفتح (٩/٥٠٧ ـ السلفية) أن ذلك مستنبط من حديث علي بن أبي طالب، أن فاطمة أتت النبي ﷺ تسأله خادما، فدلها على ما تقوله حين تأخذ مضجعها. أخرجه البخاري (الفتح ٩/٥٠٦ ـ ط السلفية).

(٢) الدر المختار ٢/٦٤٨

(٣) ابن عابدين ٢/٦٤٨، ٦٥٥، والقوانين الفقهية ص٢٢٦، ومغني المحتاج ٣/٤٣٣ و ٤٣٤، والمغني ٧/٥٦٩

الذي يجيء به الزوج بدل خادمها إلا إن ظهرت منه ريبة، أو خيانة، أو تضرر بوجوده.

أما إذا ظهرت منه ريبة، أو خيانة، أو تضرر منه بأن كان يختلس من ثمن ما يشتريه أو أمتعة بيته فله الإبدال، والإتيان بخادم أمين، ولا يتوقف هذا على رضاها إلا أن الحنفية يرون أن هذا إذا لم تستبدل غيره به.

أما الحنابلة فذهبوا إلى أن للزوج إبدال خادم أخر بخادمها إذا أتاها بمن يصلح للخدمة لأن تعيين الخادم إليه وليس إليها.(١)

د - إخراج الخادم من البيت:

١٠ - اختلف الفقهاء في جواز إخراج الزوج لخدم المرأة الزائد عن الواحد، أو الزائد عن الحاجة من بيته.

فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن له إخراج الزائد عن الحاجة ومنعه من دخول البيت.

وخالفهم في ذلك أبويوسف من الحنفية وقال: لا يجوز له ذلك.(٢)

هـ - إخدام المعسر:

١١ - اختلف الفقهاء في وجوب الإخدام على المعسر للزوجة التي تستحق الخدمة، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن وجوب الإخدام على الزوج الموسر فقط. أما إذا كان الزوج معسرا فلا يجب عليه الإخدام لأن الضرر لا يزال بالضرر.

ويجب على الزوجة في هذه الحالة أن تخدم نفسها الخدمة الداخلية، وعلى الزوج أن يكفيها الأعمال الخارجية، لما روي أن النبي ﷺ قسم الأعمال بين علي رضي الله عنه، وبين فاطمة رضي الله عنها، فجعل أعمال الخارج على علي رضي الله عنه، وأعمال الداخل على فاطمة رضي الله عنها.(١)

إلا أن محمدا من الحنفية، يرى أنه إن كان للزوجة خادم فعليه نفقته، وإن كان معسرا، لأنه لما كان لها خادم علم أنها لا ترضى بالخدمة بنفسها فكان على الزوج نفقة خادمها، وإن لم يكن لها خادم، فلا يجب عليه ذلك.

ويرى الشافعية أن وجوب الإخدام للزوجة يستوي فيه الموسر، والمتوسط، والمعسر، والحر، والعبد، لأن ذلك من المعاشرة بالمعروف المأمور بها ولأن الخدمة واجب من الواجبات كسائر المؤن.(٢)

---

(١) حاشية ابن عابدين ٦٥٤/٢، القوانين الفقهية ص٢٢٦، جواهر الإكليل ٤٠٢/١، مغني المحتاج ٤٣٤/٣، المغني لابن قدامة ٥٦٩/٧، الفروع ٥٧٩/٥

(٢) المصادر السابقة وكشاف القناع ٤٦٤/٥

---

(١) الحديث تقدم تخريجه في ف/٨

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٥٤/٢، البدائع ٢٤/٤، جواهر الإكليل ٤٠٧/١، القوانين الفقهية ص٢٢٦، مغني المحتاج ٤٣٢/٣، الجمل على شرح المنهج ٤٩٤/٤، المغني لابن قدامة ٥٧٠/٧، الفروع ٥٧٩/٥، الإنصاف ٣٥٧/٩

و ـ صفة الخادم:

١٢ ـ ذهب الفقهاء إلى أنه يجب أن يكون الخادم إما امرأة مسلمة حرة كانت أو أمة، أو صبيا مميزا لم يبلغ الحلم، أو محرما للزوجة المخدومة، أو ممسوحا فلا يجوز أن يكون رجلا كبيرا ممن لا يحل له النظر إليها، لأن الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله فلا يسلم من النظر.

الخادمة الذمية.

١٣ ـ اختلف الفقهاء في المرأة الذمية هل يجوز أن تكون خادما لامرأة مسلمة؟ فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في أحد الوجهين إلى عدم جواز ذلك، لأنه لا تؤمن عداوتها الدينية، ولأن نظر الذمية إلى المسلمة حرام، لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن أو آباء بعولتهن﴾ إلى أن قال: ﴿أو نسائهن ـ﴾(١)

وصح عن عمر رضي الله عنه: أنه منع الكتابيات دخول الحمام مع المسلمات، لأنها ربما تحكيها للكافر.

وأيضا فإن الذمية لا تتعفف من النجاسة.

والوجه الآخر عند الحنابلة، يجيز أن تخدم الذمية المرأة المسلمة، لأن نظرها إلى المسلمة عندهم جائز.(٢)

وهذا في الخدمة الباطنة.

(١) سورة النور /٣١

(٢) حاشية ابن عابدين ٢٧٣/١ ،و٢٣٨/٥ ،والفواكه الدواني ١٠٨/٢ ، مغني المحتاج ١٣١/٣ ، ٤٣٣/٣ ، والمغني لابن قدامة ٥٦٩/٧

أما الظاهرة مثل قضاء الحوائج من السوق فيجوز أن يتولاها الرجال وغيرهم.

ويفهم من قول المالكية ويخدم المرأة بأنثى أو بذكر لا يتأتى منه الاستمتاع: أنهم يجيزون إخدام المسلمة بذمية حيث أطلقوا الأنثى ولم يقيدوها بمسلمة:

ولاسيا وأن نظر الكافرة إلى المسلمة جائز عندهم.(١)

ز ـ نفقة الخادم:

١٤ ـ نفقة الخادم تشمل عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة الطعام والمسكن والملبس. إلا أن الحنفية يرون أن نفقة الخادم لا تقدر بالدراهم كنفقة المرأة بل يفرض له ما يكفيه بالمعروف، على أن لا تبلغ نفقته نفقة المرأة لأنه تبع لها (٢)

ويرى الشافعية أن جنس طعام الخادم هو جنس طعام المخدومة، وكذلك للخادمة كسوة تليق بحالها صيفا وشتاء.(٣)

ويرى الحنابلة أن نفقة الخادم، ومؤنته، وكسوته تكون مثل ما لامرأة المعسر.(٤)

ح ـ طلب الزوجة أجرة الخادم:

١٥ ـ لو قالت المرأة لزوجها أنا أخدم نفسي

(١) جواهر الإكليل ٤١/١، الفواكه الدواني ١٠٨/٢، مغني المحتاج ١٣٢/٣

(٢) حاشية ابن عابدين ٦٥٥/٢

(٣) روضة الطالبين ٤٤/٩، مغني المحتاج ٤٣٣/٣

(٤) المغني لابن قدامة ٥٧٠/٧، وكشاف القناع ٤٦٤/٥

وطلبت الأجرة أو نفقة الخادم لا يلزمه قبول ذلك عند الشافعية والحنابلة، لأن في إخدامها توفيرها على حقوقه وترفيهها ، وذلك يفوت بخدمتها لنفسها.

ويرى الحنفية أنه لا يجوز لها أخذ الأجرة على خدمتها لزوجها أو لنفسها، لأنها لو أخذت الأجرة على ذلك لأخذتها على عمل واجب عليها فكان في معنى الرشوة.

وذكر الفقيه أبوالليث أن هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز، أو كانت من بنات الأشراف.

فأما إذا كانت تقدر على ذلك وهي ممن تخدم نفسها تجبر على ذلك. واختلفوا فيما لو قال الزوج أنا أخدمك بنفسي ليسقط مؤنة الخادم:

فذهب الحنفية والشافعية في الأصح عندهم والحنابلة في الراجح عندهم إلى أنه ليس له ذلك ولم يلزمها قبول ذلك.

لأن في هذا غضاضة عليها لكون زوجها خادما لها وتعير به.

وذهب المالكية وهو أحد الأقوال المرجوحة عند الشافعية والحنابلة إلى أن للرجل أن يخدم زوجته بنفسه ويلزمها الرضا به، لأن الكفاية تحصل بهذا.

ويرى بعض فقهاء الشافعية ومنهم القفال أن للزوج أن يخدم زوجته فيما لا يستحى منه، كغسل الثوب، واستقاء الماء، وكنس البيت والطبخ دون ما يرجع إلى خدمة نفسها كصب الماء على يدها، وحمله إلى المستحم ونحوهما.[1]

ط ـ إعسار الزوج بنفقة الخادمة:

١٦ ـ ذهب الفقهاء إلى أنه لا تطلق الزوجة على زوجها بسبب إعساره بنفقة الخادم لأنه يمكنها الصبر عنها.

ولكن هذه النفقة تثبت في ذمته عند الشافعية والحنابلة، لأنها نفقة تجب على سبيل العوض ، فتثبت في الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة.

إلا أن الأذرعي من الشافعية يرى أن هذا إذا كانت المرأة استحقت الخدمة لرتبتها وقدرها، أما إذا كانت قد استحقت الخدمة لمرضها ونحوه فالوجه عدم ثبوت النفقة فى الذمة وتسقط نفقة الخادم عن الزوج بإعساره عند الحنفية والمالكية، لقوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها﴾[2] وهذا معسر لم يؤته شيئا فلا يكلف بشيء.[3]

ي ـ زكاة فطر الخادم:

١٧ ـ ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه

---

(١) البدائع ٢٤/٤،الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٨٦/٤، روضة الطالبين ٤٥/٩،المغني لابن قدامة ٥٧٠/٧،الفروع ٥٧٩/٥

(٢) سورة الطلاق /٧

(٣) حاشية ابن عابدين ٦٥٦/٢ ـ ٦٥٩،الخرشي على مختصر=

إن كان لامرأته من يخدمها بأجرة فليس على الزوج فطرته، لأن الإجارة لا تقتضي النفقة، والفطرة تابعة للنفقة ولا فرق في هذا بين الحر وغيره.

وإن كان الخادم مملوكا لها نظر، فإن كانت ممن لا يجب لها خادم فليس على الزوج فطرته كذلك.

وإن كانت ممن يخدم مثلها واتفقا على أن يخدمها بخادمها فعليه فطرته، لأن الفطرة تابعة للنفقة إلا أن إمام الحرمين من الشافعية يرى وجوبها على الزوجة.

أما إن أخدمها بعبده أو أمته فيجب عليه إخراج زكاة الفطر عنه بسبب ملكه له لا بسبب خدمته للزوجة.

وقد اختلفت أقوال الشافعية في حكم زكاة الفطر عن المرأة التي صحبت الزوجة لتخدمها بنفقتها بإذنه فالراجح عندهم عدم لزوم فطرتها عليه، لأنها في معنى المستأجرة.

وذهب الإمام الرافعي إلى وجوب فطرتها، لأنها تابعة للنفقة.[١]

خدمة الزوجة لزوجها وعكسه:

١٨ - لا خلاف بين الفقهاء في أن الزوجة يجوز لها أن تخدم زوجها في البيت، سواء أكانت ممن تخدم نفسها أو ممن لا تخدم نفسها.

إلا أنهم اختلفوا في وجوب هذه الخدمة.

فذهب الجمهور (الشافعية والحنابلة وبعض المالكية) إلى أن خدمة الزوج لا تجب عليها لكن الأولى لها فعل ما جرت العادة به.

وذهب الحنفية إلى وجوب خدمة المرأة لزوجها ديانة لا قضاء، لأن النبي ﷺ قسم الأعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما، فجعل عمل الداخل على فاطمة، وعمل الخارج على عليّ.[١]

ولهذا فلا يجوز للزوجة - عندهم - أن تأخذ من زوجها أجرا من أجل خدمتها له.

وذهب جمهور المالكية وأبوثور، وأبوبكر بن شيبة وأبوإسحاق الجوزجاني، إلى أن على المرأة خدمة زوجها في الأعمال الباطنة التي جرت العادة بقيام الزوجة بمثلها، لقصة علي وفاطمة رضي الله عنهما، حيث إن النبي ﷺ قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت، وعلى عليّ بما كان خارج البيت من الأعمال.[٢] ولحديث: «لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن

= خليل ١٨٦/٤، القوانين الفقهية ص٢٢٦، جواهر الاكليل ٤٠٤/١، مغني المحتاج ٤٤٣/٣، كشاف القناع ٤٧٨/٥، المغني لابن قدامة ٥٧٩/٧

(١) الخرشي على مختصر سيدي خليل ١٨٦/٤، حاشية العدوي ٤٥٢/١، المجموع ١١٨/٦، مغني المحتاج ٤٠٣/١، ٤٣٣/٣

(١) الحديث تقدم تخريجه في ف/٨

(٢) لعل المالكية حملوا أمر النبي ﷺ على أنه من تصرفه بالقضاء أما الحنفية فحملوا على أنه من الفتيا فجعلوا الوجوب ديانة أي فيما بينها وبين الله تعالى (اللجنة).

تسجد لزوجها، ولو أن رجلا أمر امرأته أن تنقل من جبل أحمر إلى جبل أسود، ومن جبل أسود إلى جبل أحمر لكان نولها أن تفعل»[١] قال الجوزجاني: فهذه طاعته فيما لا منفعة فيه فكيف بمؤنة معاشه؟

ولأن النبي ﷺ كان يأمر نساءه بخدمته فيقول: «يا عائشة أطعمينا، يا عائشة هلمي المدية واشحذيها بحجر»[٢]

وقال الطبري: إن كل من كانت لها طاقة من النساء على خدمة بيتها في خبز، أو طحن، أو غير ذلك أن ذلك لا يلزم الزوج، إذا كان معروفا أن مثلها يلي ذلك بنفسه.[٣]

١٩ - وبالنسبة لخدمة الزوج زوجته، فقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز خدمة الرجل الحر لزوجته ولها أن تقبل منه ذلك.

(١) حديث: «لو أمرت أحدا أن يسجد لأحد» أخرجه ابن ماجة (٥٩٥/١ - ط الحلبي) من حديث عائشة. وقال البوصيري في الزوائد: «في إسناده علي بن زيد، وهو ضعيف». وَنَوْلُها أي حقها.

(٢) حديث: «كان يأمر نساءه بخدمته» «يا عائشة: هلمي المدية» أخرجه مسلم (١٥٥٧/٣ - ط الحلبي) «ياعائشة: أطعمينا، ياعائشة اسقينا»: أخرجه أبوداود (٢٩٤/٥ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث طخفة الغفاري، وإسناده صحيح.

(٣) البدائع ١٩٢/٤، حاشية ابن عابدين ٣٣٣/٢، ٣٩/٥، الخرشي ١٨٦/٤، تحفة المحتاج ٣١٦/٨، المغني لابن قدامة ٢١/٧، كشاف القناع ١٩٥/٥، فتح الباري ٥٠٦/٩، ٣٢٤

وذهب الحنفية إلى أنه يحرم على الزوجة استخدام زوجها الحر بجعله خدمته لها مهرا، أما لو تزوجها على أن يرعى غنمها سنة أو يزرع أرضها فتسميه المهر صحيحة.[١]

وتجوز خدمته لها تطوعا: وقال الكاساني: لو استأجرت المرأة زوجها ليخدمها في البيت بأجر مسمى فهو جائز، لأن خدمة البيت غير واجبة على الزوج، فكان هذا استئجارا على أمر غير واجب على الأجير.[٢]

خدمة المسلم للكافر:

٢٠ - اتفق الفقهاء على جواز خدمة الكافر للمسلم.

واتفقوا كذلك على جواز أن يؤجر المسلم نفسه للكافر في عمل معين في الذمة، كخياطة ثوب وبناء دار، وزراعة أرض وغير ذلك، لأن عليا رضي الله عنه آجر نفسه من يهودي يسقي له كل دلو بتمرة، وأخبر النبي ﷺ بذلك فلم ينكره.[٣] ولأن الأجير في الذمة يمكنه تحصيل العمل بغيره.

كما اتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم أن يؤجر نفسه للكافر لعمل لا يجوز له فعله، كعصر الخمر

(١) البدائع ١٩٢/٤، فيه خلاف هذا بل هذه المسألة عندهم في جعل الخدمة مهرا. وظاهر البدائع جواز خدمة الزوج لامرأته ولو بأجر.

(٢) البدائع ٢٧٨/٢، ١٩٢/٤، حاشية ابن عابدين ٣٣٣/٢، ٣٩/٥، مغني المحتاج ٤٣٣/٣، وروضة الطالبين ٤٥/٩، القوانين الفقهية ص٢٢٦، الخرشي ١٨٦/٤، تحفة المحتاج ٣١٦/٨، المغني لابن قدامة ٢١/٧، ٥٧٠

(٣) الحديث تقدم تخريجه ف/٥

ورعي الخنازير وما أشبه ذلك.

واختلفوا في حكم خدمة المسلم للكافر بإجارة، أو إعارة أو غير ذلك.

فذهب الحنفية إلى جواز ذلك ، لأنه عقد معاوضة فيجوز كالبيع، ولكن يكره للمسلم خدمة الكافر، لأن الاستخدام استذلال، فكان إجارة المسلم نفسه منه إذلالا لنفسه، وليس للمسلم أن يذل نفسه بخدمة الكافر.

وأما المالكية فقد ذكر ابن رشد: أن إجارة المسلم نفسه من النصراني واليهودي على أربعة أقسام: جائزة، ومكروهة، ومحظورة، وحرام. فالجائزة ـ هي ـ أن يعمل المسلم للكافر عملا في بيت نفسه كالصانع الذي يصنع للناس. والمكروهة: أن يستبد الكافر بجميع عمل المسلم من غير أن يكون تحت يده مثل أن يكون مقارضا له، أو مساقيا، والمحظورة: أن يؤجر المسلم نفسه للكافر في عمل يكون فيه تحت يده كأجير الخدمة في بيته وإجارة المرأة لترضع له ابنه وما أشبه ذلك ، فهذه تفسخ إن عثر عليها، فإن فاتت مضت، وكان له الأجرة. والحرام: أن يؤجر نفسه منه فيا لا يحل من عمل الخمر، أو رعي الخنازير، فهذه تفسخ قبل العمل، فإن فاتت تصدق بالأجرة على المساكين.(١)

(١) البدائع ١٨٩/٤، الخرشي على مختصر خليل ١٨/٧ ـ ١٩ ـ٢٠، جواهر الإكليل ١٨٨/٢، الدسوقي على الشرح الكبير ١٩/٤، مواهب الجليل ٤١٩/٥

وذهب الشافعية إلى حرمة خدمة المسلم للكافر خدمة مباشرة، كصب الماء على يديه ، وتقديم نعل له وإزالة قاذوراته أو غير مباشرة كإرساله في حوائجه سواء كان ذلك بعقد أو بغير عقد، لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾(١)

ولصيانة المسلم عن الإذلال والامتهان.

ولكن يجوز إعارة المسلم أو إجارته للكافر مع الكراهة.

وفي إجارة المسلم للكافر يؤمر بإزالة يده عنه بأن يؤجره لغيره ولا يمكن من استخدامه

وقيل: بحرمة إجارة المسلم، أو إعارته للكافر واختاره السبكي.

وذهب الحنابلة على الرواية الصحيحة إلى حرمة إجارة المسلم، أو إعارته للكافر لأجل الخدمة، لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾.

ولأنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر وإذلاله له.

وفي الرواية الأخرى يجوز ذلك قيل: مع الكراهة وقيل: بدونها.(٢)

(١) سورة النساء /١٤١

(٢) نهاية المحتاج مع حاشيته ١٢٢/٥، تحفة المحتاج٤١٧/٥، ٢٣١/٤، حاشية الجمل على شرح المنهج ٤٥٦/٣، مغني المحتاج ٢٦٥/٢، ٢٥٨/٤، المغني لابن قدامة ٥٥٤/٥، الانصاف ٢٥/٦و ١٠٢، الفروع ٤٣٣/٤

خـذف

التعريف :

١ ـ الخذف لغة : رميك بحصاة ، أو نواة تأخذها بين سبابتيك ، أو تجعل مخذفة من خشب ترمي بها بين الإبهام والسبابة .

قال الأزهري : الخذف : الرمي بالحصى الصغار بأطراف الأصابع ، وقال مثله الجوهري ، وقال المطرزي ، وقيل : أن تضع طرف الإبهام على طرف السبابة .

وخص بعضهم به الحصى ، ويطلق على المقلاع أيضا ، وقال ابن سيده : خذف الشيء يخذف ، فارسي .

ورمي الجمار يكون بمثل حصى الخذف ، وهي صغار ، وفي حديث رمي الجمار : عليكم بمثل حصى الخذف ، وحصى الخذف الصغار مثل النوى . ولا يخرج استعمال الفقهاء له عن المعنى اللغوي .[1]

(١) لسان العرب ومختار الصحاح ، والمصباح المنير ، وفتح القدير ٢/ ٣٨١ ، وحاشية الجمل ٢/ ٤٦٢ ، والدسوقي ٢/ ٥٠ ، وفتح الباري ٩/ ٦٠٧ ، والزاهر ص١٨١

الألفاظ ذات الصلة : الحذف ـ الطرح ـ القذف ـ الإلقاء :

٢ ـ من معاني هذه الألفاظ الرمي[1] فهي تلتقي مع الخذف في هذا المعنى ، إلا أن الخذف رمي بكيفية خاصة .

الحكم التكليفي :

٣ ـ الأصل في بيان حكم الخذف ، ما روي عن عبدالله بن مغفل المزني قال : «نهى النبي ﷺ عن الخذف ، قال : إنه لايقتل الصيد ، ولاينكأ العدوّ ، وإنه يفقأ العين ويكسر السن» .[2]

وقد اختلف الفقهاء في حكم الخذف فمنهم من ذهب إلى أن الخذف محرم على الإطلاق ، قال القاضي عياض : نهى عن الخذف ، لأنه ليس من آلات الحرب التي يتحرز بها ، ولا من آلات الصيد لأنها ترضّ ، وقتيلها وقيذ ، ولا مما يجوز اللهو به مع ما فيه من فقء العين وكسر السن .[3]

ومنهم من نظر إلى مايمكن أن يكون فيه من مصلحة ـ قال النووي ـ : في هذا الحديث النهي عن الخذف ، لأنه لا مصلحة فيه ، ويخاف

(١) لسان العرب في المواد : (حذف ـ طرح ـ قذف ـ لقي) .

(٢) حديث عبدالله بن مغفل : «نهى عن الخذف» . أخرجه البخاري (الفتح ١٠/ ٥٩٩ ـ ط السلفية) ، ومسلم (٣/ ١٥٤٨ ـ الحلبي) .

(٣) الأبي شرح مسلم ٥/ ٢٨٧ ـ ٢٨٨

مفسدته، ويلتحق به كل ما شاركه في هذا، ثم قال: وفيه أن ما كان فيه مصلحة أو حاجة في قتال العدو، وتحصيل الصيد فهو جائز، ومن ذلك رمي الطيور الكبار بالبندق إذا كان لا يقتلها غالبا بل تدرك حية وتذكى فهو جائز.[1]

وقال ابن حجر: صرّح مجلي في الذخائر بمنع الرمي بالبندقية، وبه أفتي ابن عبدالسلام، وجزم النووي بحله، لأنه طريق إلى الاصطياد، قال ابن حجر: والتحقيق التفضيل، فإن كان الأغلب من حال الرمي ما ذكر من الحديث امتنع، وإن كان عكسه جاز، ولاسيما إن كان المرمي مما لا يصل إليه الرمي إلا بذلك ثم لا يقتله غالبا.[2]

وفي شرح منتهى الإرادات: كره الشيخ تقي الدين الرمي ببندق مطلقا لنهي عثمان، قال ابن منصور وغيره: لا بأس ببيع البندق يرمى بها الصيد لا للعب.[3]

هذا وقد ذكر الفقهاء ما يدل على جواز الرمي بالأحجار في حال القتال، أو في حال التدريب، أو المسابقة بغير عوض.[4]

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/ ١٠٦

(٢) فتح الباري ٩/ ٦٠٨

(٣) شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤١٨

(٤) الشرح الصغير ١/ ٣٥٦ ط الحلبي. والمهذب ١/ ٤٢١، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٨٤

الأحكام المتعلقة بالخذف:

أولا: في رمي الجمار:

٤ - رمي الجمار بالحصى من شعائر الحج.[1] والأصل في ذلك ما روي من قوله ﷺ من حديث الفضل بن عباس رضي الله عنهما: «عليكم بحصى الخذف الذي يرمى به الجمرة»[2] وقوله لعبدالله بن العباس غداة العقبة وهو على راحلته: «هات القط لي» فلقطت له حصيات هي حصى الخذف، فلما وضعتهن في يده قال: «بأمثال هؤلاء، وإياكم والغلو في الدين، فإنما أهلك من كان قبلكم الغلو في الدين».[3] وعن عبدالرحمن بن معاذ رضي الله تعالى عنه أنه قال: خطبنا رسول الله ﷺ ونحن بمنى ففتحت أسماعنا، حتى كنا نسمع ما يقول ونحن في منازلنا، فطفق يعلمهم مناسكهم حتى بلغ الجمار فوضع أصبعيه السبابتين، ثم قال: «بحصى الخذف».[4]

(١) البدائع ٢/ ١٥٧، وفتح القدير ٢/ ٣٨١ - ٣٨٢ ط دار إحياء التراث العربي، والمغني ٣/ ٤٢٥

(٢) حديث: «عليكم بحصى الخذف». أخرجه مسلم (٢/ ٩٣٢ - ط الحلبي).

(٣) حديث: «هات القط لي». أخرجه النسائي (٥/ ٢٦٨ - ط المكتبة التجارية). وإسناده صحيح.

(٤) حديث عبد الرحمن بن معاذ: «خطبنا رسول الله...» أخرجه أبوداود (٢/ ٤٩٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) وإسناده صحيح.

وقد اختلف الفقهاء في المقصود بالخذف في هذه الأحاديث.

هل هو بيان قدر الحصاة، أو هو بيان كيفية الرمي، أو هما معا؟

٥ ـ أما بالنسبة لبيان الكيفية فقد ذهب الفقهاء في الجملة إلى أن الرمي يصح بطريقة الخذف لكن الأصح والأيسر أن يضع الحصاة بين طرفي السبابة والإبهام من اليد اليمنى ويرمي.

وأورد الحنفية الكيفيات التالية:

أ ـ أن يضع الإنسان طرف إبهامه اليمنى على وسط السبابة، ويضع الحصاة على ظهر الإبهام كأنه عاقد سبعين فيرمي الجمرة.

ب ـ أن يحلق سبابته ويضعها على مفصل إبهامه كأنه عاقد عشرة.

قال في فتح القدير عن هذه الصورة: وهذا في التمكن من الرمي به مع الزحمة عسر.

ج ـ أن يأخذ الحصاة بطرفي إبهامه وسبابته.

قال الحنفية عن هذه الصورة الأخيرة: هذا هو الأصل والأصح والأيسر المعتاد، قالوا: ولم يقم دليل على أولوية تلك الكيفية (أي التي فيها خذف) سوى قوله عليه الصلاة والسلام: «ارموا الجمرة بمثل حصى الخذف»[1] وهذا لا يدل ولا يستلزم كون كيفية الرمي المطلوبة كيفية الخذف، وإنما الحديث يدل على تعيين ضابط مقدار الحصاة إذ كان مقدار ما يخذف به معلوما لهم، وأما ما زاد في رواية صحيح مسلم بعد قوله: عليكم بحصى الخذف من قوله: ويشير بيده كما يخذف الإنسان، يعني عندما نطق بقوله: عليكم بحصى الخذف أشار بصورة الخذف بيده، فليس يستلزم طلب كون الرمي بصورة الخذف، لجواز كونه يؤكد كون المطلوب حصى الخذف، كأنه قال: خذوا حصى الخذف الذي هو هكذا، ليشير أنه لا تجوز في كونه حصى الخذف، وهذا لأنه لا يعقل في خصوص وضع الحصاة في اليد على هذه الهيئة وجه قربة، فالظاهر أنه لا يتعلق به غرض شرعي، بل بمجرد صغر الحصاة، ولو أمكن أن يقال: فيه إشارة إلى كون الرمي خذفا، عارضه كونه وضعا غير متمكن، واليوم يوم زحمة يوجب نفي غير المتمكن.[1]

أما المالكية فقد ذكروا التعريف اللغوي للخذف، وهو كما قالوا: كانت العرب ترمي بالحصى في الصغر على وجه اللعب تجعلها بين السبابة والإبهام من اليسرى ثم تقذفها بسبابة اليمنى أو تجعلها بين سبابتيها.

ثم قال الصاوي: وليست هذه الهيئة مطلوبة

(١) حديث: «ارموا الجمرة بمثل حصى الخذف». أخرجه أحمد (٤/ ٣٤٣ ـ ط الميمنية) من حديث سنان بن سنة، وقال الهيثمي: «رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير، ورجاله ثقات».

(١) حاشية ابن عابدين ٢/ ١٧٩، وفتح القدير ٢/ ٣٨٣ ـ ٣٨٤، والبدائع ٢/ ١٥٧

في الرمي ، وإنما المطلوب أخذ الحصاة بسبابته وإبهامه من اليد اليمنى ورميها.[١] وهم بذلك يوافقون الحنفية في الكيفية.

واختلفت الأقوال عند الشافعية ، فقد ذكروا هيئة الخذف وهي : وضع الحصى على بطن الإبهام ورميه برأس السبابة ، ثم قالوا : إنها مكروهة وهذا ما جاء في نهاية المحتاج ، وحاشية الجمل ، وحواشي تحفة المحتاج ، ومغني المحتاج ، واستدلوا للكراهة بالنهي الصحيح عن الخذف ، وهذا يشمل الحج وغيره ، قالوا : والأصح كما في الروضة والمجموع أن يرمي الحصى على غير هيئة الخذف. لكن يظهر أن مقابل الأصح هو ما ذكروه عن الرافعي ، فقد قالوا : وصحح الرافعي ندب هيئة الخذف.[٢] أما الحنابلة فلم يذكروا للرمي كيفية خاصة.[٣]

هذا بالنسبة للكيفية :

٦ - أما بالنسبة لمقدار الحصاة التي ترمى بها الجمار ، فقد اتفق الفقهاء على أن حديث : «ارموا الجمرة بمثل حصى الخذف».[٤] ونحوه من الأحاديث بينت قدر الحصاة بأن تكون صغيرة كالتي يخذفها بها ، ولكنهم اختلفوا في تقدير الصغر ، والمختار عند الحنفية أنها مقدار الباقلا ، أي قدر الفولة ، وقيل : قدر الحمصة ، أو النواة ، أو الأنملة. قال في النهر :

وهذا بيان المندوب ، وأما الجواز فيكون ولو بالأكبر مع الكراهة.[١] وقال المالكية : قدر الفول ، أو النواة ، أو دون الأنملة ، ولا يجزىء الصغير جدا كالحمصة ، ويكره الكبير خوف الأذية ولمخالفته السنة.[٢] وقال الشافعية : حصاة الرمي دون الأنملة طولا وعرضا في قدر حبة الباقلا - ويجزىء عندهم الرمي بأصغر أو أكبر مع الكراهة.[٣]

وقال الحنابلة : ما كان أكبر من الحمص ودون البندق ، وإن رمى بحجر أكبر ، فقد روي عن أحمد أنه قال : لا يجزئه حتى يأتي بالحصى على ما فعل النبي ﷺ ، وذلك لأن النبي ﷺ أمر بهذا المقدار في قوله : «بأمثال هؤلاء...»[٤] ونهى عن تجاوزه ، والأمر يقتضي الوجوب ، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، ولأن الرمي بالكبير من الحصى ربما آذى من يصيبه. قال في المغني. وقال بعض أصحابنا : تجزئه مع تركه

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/ ٥٠ ، الشرح الصغير ١/ ٢٨٢ ط الحلبي ، وأسهل المدارك ١/ ٢٧٣

(٢) نهاية المحتاج ٣/ ٣٠٤ ، وحواشي تحفة المحتاج ٤/ ١٣٣ ، وحاشية الجمل ٢/ ٤٧٤ ، ومغني المحتاج ١/ ٥٠٨

(٣) المغني ٣/ ٤٢٥ ، وكشاف القناع ٢/ ٤٩٩ ، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٦١

(٤) حديث : «فارموا بمثل حصى الخذف». تقدم تخريجه (ف/ ٥).

(١) ابن عابدين ٢/ ١٧٩

(٢) حاشية الدسوقي ٢/ ٥٠

(٣) حاشية الجمل ٢/ ٤٧٤ ، ونهاية المحتاج ٣/ ٣٠٤

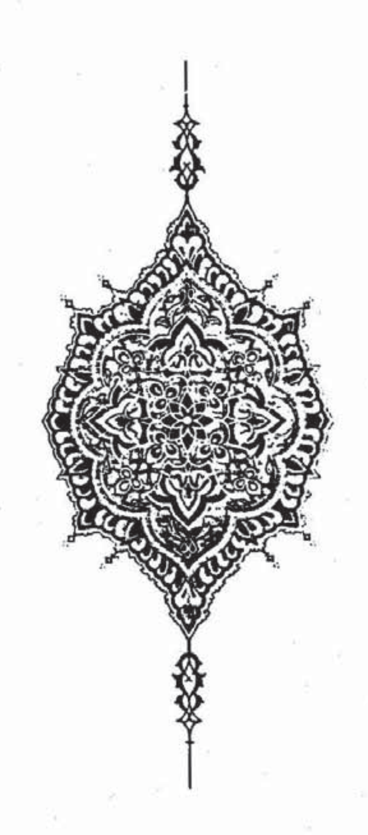
(٤) حديث : «بأمثال هؤلاء». سبق تخريجه (ف/ ٤).

للسنة، لأنه قد رمى بالحجر. وكذلك الحكم في الصغير. [١]

وفي كشاف القناع وشرح منتهى الإرادات: لا تجزىء حصاة صغيرة جدا، أو كبيرة لظاهر الخبر. [٢] كما اختلف الفقهاء في نوع الحصى وفي ذلك تفصيل ينظر في: (رمي - جمار - حج).

ثانيا: في الصيد:

٧ - لا يحل الصيد بحصى الخذف لأنه وقيذ، وفي رمي الصيد بغيره خلاف ينظر في مصطلح: (صيد).



(١) المغني ٣/ ٤٢٥

(٢) كشاف القناع ٢/ ٤٩٩، وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٦١

خراج

التعريف:

١ - الخراج لغة، من خرج يخرج خروجا أي برز. والاسم الخراج، وأصله ما يخرج من الأرض. والجمع أخراج، وأخاريج، وأخرجة. [١]

ويطلق الخراج على الغلة الحاصلة من الشيء كغلة الدار، والدابة، ومنه قول النبي ﷺ: «الخراج بالضمان». [٢]

ويطلق الخراج أيضا على الأجرة، أو الكراء، ومنه قوله تعالى: ﴿فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا﴾ [٣] وقوله تعالى: ﴿أم تسألهم خرجا فخراج ربك خير﴾. [٤]

(١) ابن منظور: لسان العرب، والمصباح المنير مادة: «خرج».

(٢) حديث: «الخراج بالضمان» أخرجه ابو داود (٣/ ٧٨٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث عائشة، وصححه ابن القطان كما في التلخيص الحبير (٣/ ٢٢ - ط شركة الطباعة الفنية).

(٣) سورة الكهف / ٩٤

(٤) سورة المؤمنون / ٧٢

والخرج والخراج بمعنى واحد عند أبي عبيدة والليث وهو الأجرة. وفرق أبو عمرو بن العلاء بينهما، فقال الخرج ما تبرعت به أو تصدقت به، والخراج ما لزمك أداؤه. [١]

ويطلق الخراج أيضا على الإتاوة، أو الضريبة التي تؤخذ من أموال الناس، فيقال خارج السلطان أهل الذمة، إذا فرض عليهم ضريبة يؤدونها له كل سنة.

٢ ـ الخراج في الاصطلاح :

للخراج في اصطلاح الفقهاء معنيان عام وخاص.

فالخراج ـ بالمعنى العام ـ هو الأموال التي تتولى الدولة أمر جبايتها وصرفها في مصارفها.

وأما الخراج ـ بالمعنى الخاص ـ فهو الوظيفة أو (الضريبة) التي يفرضها الإمام على الأرض الخراجية النامية.

وعرّفه كل من الماوردي وأبي يعلى بأنه (ما وضع على رقاب الأرض من حقوق تؤدى عنها). [٢]

---

(١) ابن الجوزي: زاد المسير في علم التفسير ٥/١٩١، المكتب الاسلامي ببيروت ط ١/١٩٦٤م.

(٢) الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٤٦ ـ مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ط٣/ ١٣٩٣ هـ ـ ١٩٧٣م، أبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية ص١٦٢ ـ مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ط٢، ١٣٨٦ ـ ١٩٦٦م، والمغرب مادة: «خرج».

الألفاظ التي تطلق على الخراج :

أطلق الفقهاء على الخراج ـ بالمعنى الخاص ـ عدة ألفاظ ومصطلحات منها:

أ ـ جزية الأرض :

٣ ـ يطلق على الخراج جزية الأرض كما يطلق على الجزية خراج الرأس، وذلك لأن اللفظين يشتركان في معنى، وهو أن كلا منهما مال يؤخذ من الذمي. [١]

ب ـ أجرة الأرض :

٤ ـ أطلق أبو عبيد وغيره من العلماء على الخراج «أجرة الأرض»[٢] وذلك لأن الخراج المفروض على الأرض الخراجية النامية بمثابة الأجرة لها. فالإمام يقف الأرض المفتوحة عنوة على جميع المسلمين، ويتركها في أيدي أهلها يزرعونها بخراج معلوم.

جـ ـ الطَّسق :

٥ ـ أول من استعمل هذه اللفظة في الإسلام الإمام عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث

---

(١) عليش: شرح منح الجليل على مختصر خليل ١/٧٥٦ ـ مكتبة النجاح بليبيا، الآبي: جواهر الإكليل على مختصر خليل ١/٢٦٦ ـ مطبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة.

(٢) أبو عبيد: الأموال ص٩٨ ـ مكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة ط١ (١٣٨٨ هـ ـ ١٩٦٨م).

كتب إلى عثمان بن حنيف رضي الله عنه في رجلين من أهل الذمة أسلما، كتابا جاء فيه: (ارفع الجزية عن رؤوسهما وخذ الطسق عن أرضيهما) وبوّب أبو عبيد في كتاب الأموال بابا باسم (أرض العنوة تقر في يد أهلها ويوضع عليها الطسق وهو الخراج).

والطسق كلمة فارسية معربة يراد بها الوظيفة المقررة على الأرض.[1]

الألفاظ ذات الصلة:

أ ـ الغنيمة:

٦ ـ الغنيمة في الاصطلاح: اسم للمأخوذ من أهل الحرب على سبيل القهر والغلبة، والخراج كما تقدم، الوظيفة التي يفرضها الإمام على الأرض الخراجية.

ب ـ الفيء:

٧ ـ الفيء في الاصطلاح: هو كل مال صار للمسلمين من الكفار من غير قتال.[2] والفيء ضربان: أحدهما: ما انجلوا عنه أي هربوا عنه: خوفا من المسلمين، أو بذلوه للكف

(١) ابن منظور: لسان العرب مادة: (طسق)، أبو عبيد: الأموال ص٨١، ابن الأثير: النهاية في غريب الحديث ١٢٤/٣.

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع ـ ٤٣٤٥/٩ ـ مطبعة الإمام بالقاهرة ١٩٧٢م

عنهم. والثاني: ما أخذ من غير خوف كالجزية، والخراج الصلحي، والعشور.[1]

والفيء أعم من الخراج.

جـ ـ الجزية:

٨ ـ الجزية مال يوضع على الرؤوس لا على الأرض، والخراج يوضع على رقبة الأرض.[2]

د ـ الخمس:

٩ ـ الخمس في الاصطلاح: هو اسم للمأخوذ من الغنيمة، والركاز وغيرهما مما يخمس.[3]

هـ ـ العشر:

١٠ ـ العشر في الاصطلاح: هو اسم للمأخوذ من المسلم في زكاة الأرض العشرية. والعشر يتفق مع خراج المقاسمة في أنهما يجبان في الخارج من الأرض الزراعية.

ويختلفان في محلهما، فمحل العشر الأرض العشرية التي يملكها مسلم، ومحل الخراج الأرض الخراجية.[4]

(١) ابن رشد: بداية المجتهد ٤٠٢/١ ـ مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ـ ط٣/ ١٣٧٩هـ ـ ١٩٦٠م، والتعريفات للجرجاني (فيء) والماوردي في الأحكام السلطانية ص ١٢٦

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص١٤٢، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص١٥٣

(٣) حاشية الدسوقي ١٩٠/٢ ـ دار إحياء الكتب العربية ـ القاهرة.

(٤) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار ٣٥١/٢ ـ دار الفكر ببيروت ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م.

الخراج في الإسلام:

١١ - لما آلت الخلافة إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وازدادت الفتوحات الإسلامية، واتسعت رقعة الدولة، وزادت نفقاتها، رأى عمر رضي الله عنه أن لا يقسم الأرض المفتوحة عنوة بين الفاتحين، بل يجعلها وقفا على جميع المسلمين ويضرب على من يقوم بزراعتها خراجا معلوما. فوافقه بعض الصحابة، وخالفه آخرون في بداية الأمر.

قال أبو يوسف: [١] «وشاورهم في قسمة الأرضين التي أفاء الله على المسلمين من أرض العراق والشام فتكلم قوم فيها، وأرادوا أن يقسم لهم حقوقهم وما فتحوا. فقال عمر رضي الله عنه: فكيف بمن يأتي من المسلمين فيجدون الأرض بعلوجها[٢] قد اقتسمت وورثت عن الآباء وحيزت، ما هذا برأي. فقال له عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه: فما الرأي؟ ما الأرض والعلوج إلا مما أفاء الله عليهم. فقال عمر: ما هو إلا كما تقول، ولست أرى ذلك، والله لا يفتح بعدي بلد فيكون فيه كبير نيل، بل عسى أن يكون كلا على المسلمين. فإذا قسمت أرض العراق بعلوجها، وأرض الشام بعلوجها، فما يسد به الثغور، وما يكون للذرية والأرامل بهذا وبغيره من أرض الشام والعراق؟ فأكثروا على عمر رضي الله عنه، وقالوا: أتقف ما أفاء الله بأسيافنا على قوم لم يحضروا ولم يشهدوا، ولأبناء القوم ولأبناء أبنائهم ولم يحضروا؟ وقد ذكر أبو يوسف رحمه الله أن بلال بن رباح كان من أشد الصحابة وأكثرهم تمسكا بالرأي المخالف، حتى قال عمر رضي الله عنه: «اللهم اكفني بلالا وأصحابه»[١] ومكثوا في ذلك يومين أو ثلاثة أو دون ذلك وعمر رضي الله عنه يحاجهم إلى أن وجد ما يؤيد رأيه في كتاب الله تعالى، فقال: «قد وجدت حجة، قال تعالى في كتابه: ﴿وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير﴾[٢] حتى فرغ من شأن بني النضير فهذه عامة في القرى كلها. ثم قال تعالى: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا واتقوا الله إن الله شديد

---

(١) الخراج لأبي يوسف ص٢٤ - ٢٧

(٢) العلوج: جمع علج وهو الرجل الذي يقوى على العمل من كفار العجم وغيرهم، والمراد بعلوج الأرض العمال الذين يقومون بزراعة الأرض.

(١) المعنى: اللهم اكفني خلافهم، وأعني على مناقشتهم وإقناعهم، ولا يظن بأنه دعا عليهم وعلى بلال بالموت، لأنه هو الذي يقول فيه: «أبو بكر سيدنا اعتق سيدنا».

(٢) سورة الحشر/٦

العقاب﴾[1] ثم قال ﴿للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون الله ورسوله أولئك هم الصادقون﴾ .[2] ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال :﴿والذين تبوأوا الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون﴾[3] فهذا فيما بلغنا ـ والله أعلم ـ للأنصار خاصة، ثم لم يرض حتى خلط بهم غيرهم فقال : ﴿والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان ولا تجعل في قلوبنا غلا للذين آمنوا ربنا إنك رءوف رحيم﴾[4] فكانت هذه عامة لمن جاء بعدهم، فقد صار الفيء بين هؤلاء جميعا فكيف نقسمه لهؤلاء، وندع من تخلف بعدهم بغير قسم؟ . قالوا : فاستشر. فاستشار المهاجرين الأولين فاختلفوا، فأما عبدالرحمن بن عوف رضي الله عنه فكان رأيه أن يقسم لهم حقوقهم . ورأي عثمان وعلي وطلحة وابن عمر رضي الله عنهم رأي عمر. فأرسل إلى عشرة من الأنصار: خمسة من الأوس، وخمسة من الخزرج من كبرائهم وأشرافهم فلما اجتمعوا حمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال : «إني لم أزعجكم إلا لأن تشتركوا في أمانتي فيما حملت من أموركم، فإني واحد كأحدكم، وأنتم اليوم تقرون بالحق، خالفني من خالفني، ووافقني من وافقني، ولست أريد أن تتبعوا هذا الذي هو هواي، معكم من الله كتاب ينطق بالحق فوالله لئن كنت نطقت بأمر أريده ما أريد به إلا الحق» . قالوا : نسمع ياأمير المؤمنين . قال :

«قد سمعتم كلام هؤلاء القوم الذين زعموا أني أظلمهم حقوقهم . وإني أعوذ بالله أن أركب ظلما، لئن كنت ظلمتهم شيئا هو لهم وأعطيته غيرهم لقد شقيت . ولكن رأيت أنه لم يبق شيء يفتح بعد كسرى، وقد غنمنا الله أموالهم، وأرضهم، وعلوجهم، فقسمت ما غنموا من أموال بين أهله وأخرجت الخمس فوجهته على وجهه وأنا في توجيهه، وقد رأيت أن أحبس الأرضين بعلوجها، وأضع عليهم فيها الخراج، وفي رقابهم الجزية يؤدونها فتكون فيئا للمسلمين، المقاتلة والذرية ولمن يأتي من بعدهم . أرأيتم هذه الثغور لابد لها من رجال يلزمونها، أرأيتم هذه المدن العظام ـ كالشام، والجزيرة والكوفة، والبصرة، ومصر ـ لابد لها من أن تشحن بالجيوش، وإدرار العطاء عليهم، فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون

(١) سورة الحشر /٧
(٢) سورة الحشر /٨
(٣) سورة الحشر /٩
(٤) سورة الحشر /١٠

والعلوج؟ فقالوا جميعا: الرأي رأيك فنعم ما قلت وما رأيت إن لم تشحن هذه الثغور وهذه المدن بالرجال وتجري عليهم ما يتقوون به رجع أهل الكفر إلى مدنهم فقال: قد بان لي الأمر، فمن رجل له جزالة، وعقل، يضع الأرض مواضعها، ويضع على العلوج ما يحتملون؟ فاجتمعوا على عثمان بن حنيف وقالوا: تبعثه إلى أهم من ذلك، فإن له بصرا وعقلا وتجربة. فأسرع إليه عمر فولاه مساحة أرض السواد». [1]

الحكم التكليفي للخراج :

١٢ ـ الخراج واجب على كل من بيده أرض خراجية نامية سواء أكان مسلما، أم كافرا، صغيرا أم كبيرا، عاقلا، أم مجنونا، رجلا، أم امرأة، وذلك لأن الخراج مؤونة الأرض النامية، وهم في حصول النماء سواء. [2]

أدلة مشروعية الخراج :

١٣ ـ يستند اجتهاد الإمام عمر بن الخطاب رضي الله عنه في تشريع الخراج إلى القرآن الكريم والسنة النبوية والمصلحة.

١ ـ القرآن الكريم :

بينت الآيات السابقة التي احتج بها الإمام عمر بن الخطاب رضي الله عنه، حكم مسألة وقف أرض السواد على جميع المسلمين.

٢ ـ السنة النبوية :

أ ـ روى مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ «منعت العراق درهمها وقفيزها، [1] ومنعت الشام مُدْيَها[2] ودينارها، ومنعت مصر إردبّها[3] ودينارها، وعدتم من حيث بدأتم، وعدتم من حيث بدأتم، وعدتم من حيث بدأتم»[4] شهد على ذلك لحم أبي هريرة ودمه.

وهذا الحديث من أعلام النبوة لإخباره ﷺ بما سيكون من ملك المسلمين هذه الأقاليم

(١) الخراج لأبي يوسف ص ٢٤ ـ ٢٧

(٢) الفتاوى الهندية ٢/٢٣٩ ـ دار إحياء التراث العربي ببيروت ص٣ سنة ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م، ابن نجيم: البحر الرائق ٥/١١٤ ـ دار المعرفة ببيروت، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٤٢، أبو يعلى الفراء: الأحكام السلطانية ص١٥٣، البهوتي: كشاف القناع ٣/٩٤ ـ مطبعة النصر الحديثة بالرياض.

(١) القفيز: مكيال وهو ثمانية مكاكيك، والمكوك، مكيال قيل: يسع صاعا ونصفا، المصباح المنير والمعجم الوسيط.

(٢) المدي: مكيال يسع تسعة عشر صاعا، وهو غير المد (المصباح المنير).

(٣) الإردب: كيل معروف، وهو أربعة وستون منا، وذلك أربعة وعشرون صاعا بصاع النبي ﷺ: والجمع أرادب (المصباح المنير).

(٤) حديث: «منعت العراق درهمها...». أخرجه مسلم (٤/٢٢٢٠ ـ ٢٢٢١ ـ ط الحلبي).

ووضعهم الجزية والخراج، ثم بطلان ذلك[1] ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن النبي ﷺ قد علم أن الصحابة رضوان الله عليهم سيضعون الخراج على الأرض ولم يرشدهم إلى خلاف ذلك، بل قرره وحكاه لهم، ولذلك قال يحيى بن آدم: «يريد من هذا الحديث أن رسول الله ﷺ ذكر القفيز والدرهم قبل أن يضعه عمر على الأرض». [1]

ب - روى أبو داود عن سهل بن أبي حثمة قال: قسم رسول الله ﷺ خيبر نصفين، نصفا لنوائبه وحاجته، ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما. [2]

فالحديث فيه تصريح بما وقع من النبي ﷺ في شأن خيبر حيث وقف نصفها لمصلحة المسلمين. وكذلك الحكم بالنسبة للأرض المفتوحة عنوة.

٣ - المصلحة:

رأى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب

(١) الشوكاني: نيل الأوطار ٩٨/٨ - مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة - الطبعة الأخيرة.
(٢) يحيى بن آدم: الخراج ص ٧٢ - دار المعرفة ببيروت.
(٣) حديث سهل بن أبي حثمة: «قسم رسول الله ﷺ خيبر نصفين». أخرجه أبو داود (٣/ ٤١٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس). ونقل الزيلعي عن ابن عبدالهادي أنه جود إسناده. نصب الراية (٣/ ٣٩٨ - ط المجلس العلمي بالهند).

رضي الله عنه أن من المصلحة عدم تقسيم الأراضي المفتوحة عنوة، ووقفها على جميع المسلمين وضرب الخراج عليها. وأهم ما تقضي به المصلحة في ذلك.

أ - تأمين مورد مالي ثابت للأمة الإسلامية بأجيالها المتعاقبة ومؤسساتها المختلفة:

نظر عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى مستقبل الأمة الإسلامية وأجيالها القادمة، فرأى أن كثيرا منها سيقع في شظف العيش والحرمان، إذا ما قسمت تلك الأراضي المفتوحة عنوة ووزعت على الفاتحين. ولهذا رأى عدم التقسيم، ووقف الأرضين، وضرب الخراج عليها ليكون موردا ماليا ثابتا للأجيال القادمة.

وقال: «لولا أن أترك آخر الناس ببّانا[1] ليس لهم من شيء ما فتحت عليّ قرية إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر، ولكن أتركها خزانة لهم». [2]

ب - توزيع الثروة وعدم حصرها في فئة معينة:

كما أشار إليه قوله تعالى: ﴿كي لا يكون دولة بين الأغنياء منكم﴾[3]

وقد أشار معاذ بن جبل رضي الله عنه على

(١) الخراج لأبي يوسف ص٢٤ وببانا - أي معدما لا شيء له.
(٢) نيل الأوطار للشوكاني ١٨/٨ - مطبعة الحلبي بالقاهرة.
(٣) سورة الحشر /٧

عمـر رضـي الله عنـه، لما رأى إصـرار بعض الصحابة على التقسيم بقوله: «والله إذا ليكونن ما تكره. إنك إن قسمتها صار الريع العظيم في أيـدي القـوم يبيـدونـه فيصيـر ذلك إلى الرجل الـواحد، أو المرأة الواحدة، ثم يأتي من بعدهم قوم يسـدون من الإسـلام مسـدا، فلا يجدون شيئا، فانظر أمرا يسع أولهم وآخرهم»[١] فرضي عمـر قول معـاذ، فوقف الأرض على المسلمـين وضـرب عليهـا الخـراج، وأصبح ينفق منه على مصالح المسلمين جميعا بما فيهم الفقراء والأغنياء.

ج ـ عمارة الأرض بالزراعة وعدم تعطيلها:

إن عمارة الأرض بالـزراعـة والانتفـاع بما في باطنها من معادن مطلوب من الناس عامة، ومن المسلمـين خاصـة، فهـو من مقتـضيـات الاستخـلاف العام للناس في الأرض ﴿وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة﴾.[٢]

وكـان قصـد عمر بن الخطاب رضي الله عنه من ضرب الخـراج أن تبـقـى الأرض عامـرة بالـزراعـة فأهلهـا أقـدر من الغانمين على ذلك لتـوفـر الخبرة والقدرة على الزراعة، ولذلك قال في أهلهـا: «يكـونون عمار الأرض فهم أعلم بها وأقوى عليها».[١]

وقد سلك عمر رضي الله عنه في ذلك مسلك النبي ﷺ، فلما فتحت خيـبر وصـارت الأرض والأموال المغنومة تحت يده ولم يكن له من العمال ما يكفـون عمارة الأرض وزراعتهـا، دفعها إلى أهلهـا على أن يزرعـوهـا ولهم نصف ثمـرتهـا. وبقيت على ذلك طيلة حياة النبي ﷺ وحياة أبي بكر الصديق رضي الله عنه. حتى أجلاهم عمر رضي الله عنه إلى الشام.[٢]

أنواع الخراج:

قسم الفقهاء الخراج ـ باعتبارات مختلفة ـ إلى أنواع:

فقسموه ـ باعتبار المأخوذ من الأرض ـ إلى خراج وظيفة، ومقاسمة.

وقسمـوه ـ باعتبـار الأرض التي تخضـع للخـراج إلى خراج عنوي، وصلحي.

وفيما يلي هذه الأنواع.

١ ـ خراج الوظيفة والمقاسمة:

أ ـ خراج الوظيفة:

١٤ ـ يسمى هذا النـوع أيضـا خراج المقـاطعـة وخـراج المسـاحـة، لأن الإمام ينظر إلى مساحة الأرض ونوع ما يزرع عند توظيف الخراج عليها.

---

(١) أبو عبيد: الأموال ص٨٣ ـ ٨٤

(٢) سورة البقرة/ ٣٠

(١) أبو يوسف: الخراج ص١٤١

(٢) بتصرف من كتاب الأموال لأبي عبيد ص٧٩

وهو أن يكون الواجب شيئا في الذمة يتعلق بالتمكن من الزراعة، حتى لو لم يقع الزرع بالفعل فيجب الخراج على مالك الأرض، لأن التمكن من الانتفاع قائم وهو الذي قصّر في تحصليه. فيتحمل نتيجة تقصيره.

وهذا النوع من الخراج هو الذي وظفه أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه على أرض السواد، ومصر، والشام. (١)

ب - خراج المقاسمة:

١٥ - هو: أن يكون الواجب جزءا شائعا من الخارج من الأرض، كالربع والخمس وما أشبه ذلك.

وهذا النوع من الخراج يتعلق بالخارج من الأرض لا بالتمكن، فلو عطل المالك الأرض لا يجب الخراج. (٢)

وقد حدث هذا النوع في عهد المهدي بن المنصور العباسي (عام ١٦٩هـ) حيث قرره بدلا من خراج الوظيفة الذي كان معمولا به منذ زمن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

قال يحيى بن آدم في كتاب الخراج: (أما مقاسمة السواد فإن الناس سألوها السلطان في آخر خلافة المنصور (عام ١٥٨هـ) فقبض قبل

(١) الفتاوى الهندية ٢/ ٢٣٧، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٨٦ - دار الفكر ببيروت.

(٢) المراجع السابقة.

أن يقاسموا، ثم أمر المهدي بها فقوسموا فيها دون عقبة حلوان). (١)

أما الماوردي وأبو يعلى الفراء فقد ذكرا وجها آخر في سبب تغيير خراج الوظيفة الذي فرضه عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى خراج مقاسمة حيث قالا: (ولم يزل السواد على المساحة والخراج إلى أن عدل بهم الخليفة المنصور في الدولة العباسية عن الخراج إلى المقاسمة، لأن السعر نقص، فلم تف الغلات بخراجها، وخرب السواد، فجعله مقاسمة، وأشار وزير المهدي أن يجعل أرض الخراج مقاسمة). (٢)

والفرق بين خراج الوظيفة، وخراج المقاسمة أيضا، أن خراج الوظيفة يؤخذ مرة واحدة في السنة، ولا يتكرر بتكرر الخارج من الأرض. أما خراج المقاسمة فيتكرر أخذه بتكرر الخارج من الأرض.

٢ - الخراج الصلحي والعنوي:

أ - الخراج الصلحي:

١٦ - هو: (الخراج الذي يوضع على الأرض التي صولح عليها أهلها على أن تكون الأرض

(١) البلاذري: فتوح البلدان ص٢٨٠. المراد بها حلوان العراق، وهي في آخر حدود السواد مما يلي الجبال من بغداد وله أخبار في فتوحها تنظر في: معجم البلدان ٢/ ٢٩٠

(٢) الأحكام السلطانية للماوردي ص١٧٦، الأحكام السلطانية لأبي يعلى الفراء ص١٨٥

لهم، ويقرون عليها بخراج معلوم) قال الباجي: (فما صالحوا على بقائه بأيديهم من أموالهم فهو مال صلح، أرضا كان أو غيره). (١)

ب ـ الخراج العنوي :

١٧ ـ هو الخراج الذي يوضع على الأرض التي افتتحت عنوة بعد أن وقفها الإمام على جميع المسلمين.

ويدخل في هذا النوع الخراج الذي يوضع على الأرض التي جلا عنها أهلها خوفا وفزعا من المسلمين. وكذا الخراج الذي يوضع على الأرض التي صولح أهلها على أن تكون للمسلمين ويقرون عليها بخراج معلوم.

قال الباجي: (وما صالحوا به أو أعطوه على إقرارهم في بلادهم وتأمينهم كان أرضا أو غيره، فإنه ليس بمال صلح، ولو أن أهل حرب قوتلوا حتى صالحوا على أن لا يكون لهم في الأرض حق ويؤمنون على الخروج من البلد أو المقام به على الذمة، لما كانت تلك أرض صلح، وإنما تكون أرض صلح ما صولحوا على بقائها بأيديهم سواء تقدم ذلك حرب، أو لم يتقدمه حرب.

وأما العنوة فهي الغلبة، فكل مال صار للمسلمين على وجه الغلبة من أرض أو عين دون اختيار من غلب عليه من الكفار فهو أرض عنوة سواء دخلنا الدار غلبة، أم أجلوا عنها مخافة المسلمين، تقدمت في ذلك حرب، أم لم تتقدم، أقر أهلها فيها أم نقلوا عنها.. وقال أيضا: (ومرادنا بالصلح والعنوة أن الأرض آل حالها إلى أن استقرت بأيدي أربابها بصلح صالحوا عليها أو زال عنها ملكهم بالعنوة والغلبة). (١)

أنواع الأرض الخراجية :

١٨ ـ النوع الأول: الأرض التي صالح المسلمون أهلها عليها وهي نوعان:

الأول: أن يقع الصلح على أن الأرض لأهلها، وللمسلمين الخراج، فهي مملوكة لأهلها وتعتبر أرضا خراجية.

والثاني: أن يقع الصلح على أن الأرض للمسلمين ويقر أهلها عليها بخراج معلوم. (٢)

١٩ ـ النوع الثاني: الأرض التي جلا عنها أهلها خوفا وفزعا وبدون قتال. فهي أرض خراجية وتصير وقفا على جميع المسلمين بمجرد الاستيلاء عليها عند جمهور الفقهاء من الحنفية

---

(١) المنتقى في شرح الموطأ للباجي ٣/٢١٩ ـ دار الكتاب العربي ببيروت.

(١) المنتقى للباجي ٣/٢١٩، وانظر الأحكام السلطانية للماوردي ١٣٧ ـ ١٣٨

(٢) الكمال بن الهمام: فتح القدير ٥/٢٧٩، الباجي: المنتقى ٣/٢٢١، أبوعبدالله الدمشقي: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة على هامش الميزان للشعراني ٢/١٧٤ ـ دار إحياء الكتب العربية بمصر، ابن قدامة: المغني ٢/٧١٦، الأحكام السلطانية للفراء ص١٤٨

والمالكية والشافعية وأحمد في رواية، وذلك لأنها فيء وليست غنيمة.

وذهب أحمد في رواية ثانية إلى أن حكمها حكم الأرض المفتوحة عنوة فلا تصير وقفا على المسلمين إلا بوقف الإمام لها، لأنها مال ظهر عليه المسلمون بقوتهم فلا يكون وقفا بنفس الاستيلاء كالمنقول.[١]

أما أرض العرب فكلها أرض عشرية، لأن النبي عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أرض العرب، ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم، كما لا تثبت الجزية في رقابهم، وانظر مصطلح: (أرض، وأرض العرب).[٢]

النوع الثالث: الأرض التي افتتحها المسلمون عنوة:

٢٠ - اختلف الفقهاء في تقسيم الأرض التي افتتحت عنوة بين الفاتحين.

فيرى بعضهم وجوب تقسيمها، ويرى آخرون وقفها، ويرى بعضهم تخيير الإمام بين هذين الأمرين. راجع مصطلح: (أرض).

شروط الأرض التي تخضع للخراج:

الشرط الأول: أن تكون الأرض خراجية.

٢١ - اتفق الفقهاء على أن الأرض التي تخضع لوظيفة الخراج، لابد أن تكون خراجية، ولذا فلا تجب وظيفة الخراج على الأرض العشرية، كالأرض التي أسلم عليها أهلها طوعا.

والأرض الخراجية: هي الأرض التي صولح عليها أهلها، وكذا الأرض التي جلا عنها أهلها خوفا وفزعا من المسلمين، والأرض التي فتحت عنوة وتركها الإمام في أيدي أهلها يزرعونها وينتفعون بها بخراج معلوم، سواء أسلم أهلها بعد فتحها أو لم يسلموا.

الشرط الثاني: أن تكون الأرض الخراجية نامية.

٢٢ - اتفق الفقهاء على اشتراط هذا الشرط، فلا تخضع الأرض الخراجية لوظيفة الخراج إلا إذا كانت نامية.

والنماء إما أن يكون حقيقيا، بأن تكون الأرض مُغلّة بالفعل، كأن تكون مزروعة بالأشجار المثمرة كالنخيل والعنب وغيرهما.

وإما أن يكون النماء تقديريا، بأن تكون الأرض بيضاء صالحة للزراعة. وصلاحيتها للزراعة بأن تكون تربتها قابلة للزراعة، وأن ينالها الماء.

ولذا فلا يجب الخراج في الأرض المبنية مساكن ودورا، ولا في الأرض الموات التي

---

(١) الكاساني: البدائع ٩٣٦/٢، المنتقى: للباجي ٢٢١/٣، الأحكام السلطانية للماوردي ص١٤٧، الأحكام السلطانية للفراء ص١٤٨، وكشاف القناع للبهوتي ٩٥/٣، المبدع لابن مفلح ٣٧٨/٣ - المكتب الإسلامي.

(٢) الهداية بشروحها ط بيروت (٢٧٨/٥)، والأموال لأبي عبيد ص٩٨، والمنتقى للباجي ٢٢٢/٣ والأحكام السلطانية للماوردي ص١٤٧

لا تصلح للزراعة، كأن تكون نزة ـ لا تمسك الماء ـ أو سبخة، لعدم الانتفاع بها في الزراعة، ولأن عمر رضي الله عنه لم يُدخلها في الوقف، ولم يفرض عليها الخراج.[١]

روى أبو عبيد عن عبدالله الثقفي قال: (وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب[٢] عامر أو غامر درهما وقفيزا، وعلى جريب الرطبة خمسة دراهم وخمسة أقفزة، وعلى جريب الشجرة عشرة دراهم وعشرة أقفزة).[٣]

وقد علق أبو عبيد على هذا الحديث بقوله: (وفي تأويل حديث عمر من العلم أنه جعل الخراج على الأرضين التي تغل من ذوات الحب والثمار، والتي تصلح للغلة من العامر والغامر، وعطل من ذلك المساكن والدور التي هي منازلهم فلم يجعل عليها فيها شيئا).[٤]

(١) الكاساني: البدائع ٢/٩٣٣، المبسوط للسرخسي ١٠/٧٩، حاشية الدسوقي ٢/١٩٨، الصاوي: بلغة السالك ـ دار الباز بمكة المكرمة ١/٣٦١، حاشية الشرقاوي ١/٤٢٢، دار المعرفة ببيروت، النهاية للرملي ٨/٧٤، كشاف القناع للبهوتي ٣/٩٨، المبدع لابن مفلح ٣/٣٨٢ ـ المكتب الإسلامي ببيروت، الأحكام السلطانية للفراء ص١٦٩

(٢) الجريب: الوادي، ثم استعير للقطعة المتميزة من الأرض، ويختلف مقداره بحسب اصطلاح كل إقليم، فقيل: إنه عشرة آلاف ذراع مربع، وقيل ثلاثة آلاف وستمائة ذراع مربع.

(٣) الأموال لأبي عبيد ص٩٨

(٤) نفس المرجع ص١٠٢

ولأن الخراج بمثابة أجرة الأرض وما لا منفعة فيه لا أجر له.

انتقال الأرض العشرية إلى الذمي، وما يجب فيها:

٢٣ ـ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى جواز بيع الأرض العشرية من الذمي، إلا أن الحنابلة قالوا بالجواز مع الكراهة لإفضائه إلى إسقاط عشر الخارج منها.

واستدلوا لما ذهبوا إليه من جواز بيع الأرض العشرية للذمي، بأنها مال مملوك للمسلم كسائر أملاكه فلا يمنع من بيعه للذمي أو غيره.

وذهب مالك وأحمد في رواية إلى منع المسلم من بيعها إلى الذمي، لأن بانتقالها إلى الذمي يسقط العشر فيتضرر الفقراء.[١]

وأما بالنسبة إلى الوظيفة المفروضة على أهل الذمة إذا تملكوا الأرض العشرية، فقد اختلف الفقهاء فيها على النحو التالي:

ذهب الشافعية والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم، والثوري، وشريك وأبو عبيد إلى أن الأرض لا تصير خراجية بمجرد انتقالها إلى

(١) الكمال بن الهمام: فتح القدير ٥/٢٨٠، الفتاوي الهندية ٢/٢٤٠، دار إحياء التراث العربي ببيروت ط٣ ـ ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م. الأحكام السلطانية للماوردي ص١١٩، المغني لابن قدامة ٢/٧٢٩

الذمي ولا يفرض عليها عشر، ولا خراج لفقد موجبها.

فالخراج يجب على الأرض التي خضعت للمسلمين بالغلبة، أو الصلح ولا يجب بالبيع ولا بمجرد انتقالها إلى ذمي.

والعشر يجب في الخارج من الأرض العشرية على المسلم، ولا يجب على الذمي، لأن العشر عبادة، والذمي ليس من أهلها.

كما قاسوا هذه المسألة على مسألة انتقال الحيوانات السائمة إلى الذمي فكما تسقط زكاة السائمة بانتقالها إلى الذمي، يسقط العشر عن الأرض العشرية بانتقالها إلى الذمي.

وذهب أبو حنيفة وزفر إلى أنها تصير خراجية، ويؤخذ من الذمي الذي انتقلت إليه الخراج لا العشر، لأن العشر في معنى العبادة، والذمي ليس من أهلها فلا يجب عليه العشر كما لا تجب عليه الزكاة المعهودة، ولهذا لا تجب عليه ابتداء. وإذا تعذر إيجاب العشر وجب الخراج إذ لابد من فرض وظيفة على الأرض في دار الإسلام.

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في وقت صيرورتها خراجية، ففي رواية تصير خراجية بالشراء. وفي رواية أخرى لا تصير خراجية مالم يوضع عليها الخراج، وإنما يؤخذ الخراج إذا مضت من وقت الشراء مدة يمكنه أن يزرع فيها، سواء زرع أم لم يزرع.

وذهب مالك وأحمد في رواية وأبو يوسف إلى أنها تعتبر خراجية ويؤخذ من الذمي العشر مضاعفا، كما فعل عمر رضي الله عنه مع نصارى تغلب. ولأن انتقالها إلى الذمي يؤدي إلى إسقاط العشر، وهذا يؤدي إلى الإضرار بالفقراء، فإذا تعرض أهل الذمة لذلك ضوعف عليهم العشر كما لو اتجروا بأموالهم إلى غير بلدهم ضوعفت عليهم الزكاة فأخذ منهم نصف العشر. ويوضع المأخوذ منهم موضع الخراج.

وذهب محمد بن الحسن الشيباني إلى أنها تبقى عشرية، ولا يؤخذ منهم سوى العشر، وذلك لأن الأصل أن كل أرض ابتدأت بضرب حق عليها لا يتبدل الحق بتبدل المالك، كالخراج، والجامع بينهما أن كل واحد منهما مؤونة الأرض لا تعلق له بالمالك، حتى يجب في أرض غير مملوكة، فلا يختلف باختلاف المالك.

واختلفت الرواية عن محمد بن الحسن في موضع المأخوذ ومصرفه، فقيل: يوضع موضع الصدقة لأنه قدر الواجب لم يتغير عنده، فلم تتغير صفته أيضا.

وروي عنه أنه يوضع موضع الخراج، لأن مال الصدقة لا يؤخذ منه لكونه مالا مأخوذا من كافر، فيوضع موضع الخراج.

وذهب ابن أبي ليلى إلى وجوب العشر

والخراج معا، فأما العشر فاستصحابا، وأما الخراج فغرم يلحقه بمصيرها إليه.[1]

إحياء الأرض الموات :

٢٤ - إذا كان المحيي للأرض الموات ذميا، فيرى بعض الفقهاء جواز ذلك - بإذن الإمام - سواء أكانت هذه الأرض ضمن دار الإسلام، أم دار العهد، ولا فرق بينه وبين المسلم في ذلك إلا في وظيفة الأرض، فالمسلم يجب عليه في بعض الحالات العشر، أما الذمي فلا يجب عليه سوى الخراج لأنه أليق بحاله.[2]

ويرى آخرون عدم جواز إحياء الذمي أرض الموات في بلاد العرب. ويرى بعضهم عدم جواز إحياء الذمي أرض الموات في دار الإسلام. انظر: (إحياء الموات) ف٢٢ و٢٣

مقدار الخراج :

٢٥ - ذهب الحنفية إلى أنه يجب في كل جريب يصلح للزراعة قفيز ودرهم، وفي جريب الرطبة (الفصفصة) خمسة دراهم، وفي جريب الكرم

(١) البدائع للكاساني ٢/٩٢٧ - ٩٢٨، الأحكام السلطانية للماوردي ص١١٩، الأحكام السلطانية للفراء ص١٢٣، المغني لابن قدامة ٢/٧٢٩.

(٢) الفتاوى الهندية ٢/٢٣٧، المغني لابن قدامة ٥/٥٦٦، الاستخراج في أحكام الخراج لابن رجب ص١١، أحكام أهل الذمة لابن القيم ١/١٠١

(العنب) عشرة دراهم. وما سوى ذلك من الأصناف كالزعفران، والقطن وغيرها، يوضع عليها بحسب الطاقة.

ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج، ولا يزاد عليه، لأن التنصيف عين الإنصاف.[1]

واستدلوا برواية أبي عبيد عن محمد بن عبدالله الثقفي قال: وضع عمر على أهل السواد على كل جريب عامر أو غامر درهما وقفيزا، وعلى جريب الحنطة خمسة دراهم وخمسة أقفزة، وعلى جريب الشجرة عشرة دراهم وعشرة أقفزة، وعلى جريب الكرم عشرة دراهم وعشرة أقفزة - قال ولم يذكر النخل - وعلى رءوس الرجال ثمانية وأربعين، وأربعة وعشرين، واثني عشر.

٢٦ - وذهب مالك إلى عدم التقيد بتقدير إمام من الأئمة السابقين، فلم يأخذ بأي رواية من الروايات السابقة، وإنما قال: المرجع فيه إلى قدر ما تحتمله الأرض من ذلك لاختلافها في حواصلها، ويجتهد الإمام في تقدير ذلك مستعينا عليه بأهل الخبرة.

واستدلوا برواية أبي عبيد أيضا من حديث

(١) الكمال بن الهمام: فتح القدير ٤/٢٣٥، المرغيناني: الهداية - مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ٢/١٥٧، الزيلعي: تبيين الحقائق ٣/٢٨٣، الفتاوى الهندية ٢/٢٣٨، وأبو عبيد: الأموال ص٩٨.

الشعبي أن عمر بعث ابن حنيف إلى السواد فطرَّز الخراج فوضع على جريب القصب ستة دراهم، وعلى جريب النخل ثمانية دراهم، وعلى جريب الكرم عشرة دراهم، وعلى جريب الزيتون اثني عشر. ووضع على الرجل الدرهم والدرهمين في الشهر.[1]

٢٧ - وذهب الشافعية إلى أن قدر الخراج في كل سنة، ما فرضه عثمان بن حنيف لما بعثه عمر ماسحا وهو على كل جريب شعير درهمان، وعلى كل جريب حنطة أربعة دراهم. وعلى كل جريب شجر، وقصب سكر ستة دراهم، وعلى كل جريب نخل ثمانية دراهم، وعلى كل جريب كرم عشرة دراهم، وعلى كل جريب زيتون اثنا عشر درهما.[2]

٢٨ - وذهب الحنابلة إلى أنه يجب في كل جريب درهم وقفيز، وعلى جريب النخل ثمانية دراهم، وعلى جريب الرطبة[3] ستة دراهم.

(١) ابن هبيرة: الإفصاح - مطبعة الكيلاني بالقاهرة ١٩٨٠، ٢٨٤/٢، أبو عبدالله الدمشقي: رحمة الأمة في اختلاف الأئمة على هامش الميزان للشعراني - دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة ١٧٢/٢ وأبو عبيد: الأموال ص٩٧

(٢) النووي: روضة الطالبين ٢٧٦/١٠ - المكتب الإسلامي ببيروت - ط٢ - ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، الشربيني الخطيب، مغني المحتاج في شرح المنهاج ٢٣٥/٤، حاشية البجيرمي ٢٦٢/٤ - المكتبة الإسلامية بتركيا.

(٣) الرطبة: (بفتح الراء وسكون الطاء) نبات يقيم في =

واحتجوا بما رواه عمرو بن ميمون حيث قال: شهدت عمر بن الخطاب رضي الله عنه - وأتاه ابن حنيف - فجعل يكلمه، فسمعته يقول: وضعت على كل جريب من الأرض درهما وقفيزا من طعام لا يشق ذلك عليهم ولا يجهدهم.[1]

الزيادة والنقصان على ما وظفه عمر رضي الله عنه:

٢٩ - اختلف الفقهاء الذين أخذوا بتقديرات عمر رضي الله عنه للخراج في جواز الزيادة والنقصان على ما وظفه عمر.

فذهب الشافعية والإمام أحمد في رواية، ومحمد بن الحسن، وأبو يوسف في رواية إلى جواز الزيادة والنقصان، لأن الخراج مبني على طاقة الأرض وقدرتها على التحمل.

واستدلوا لذلك بما روي عن عمر رضي الله عنه حيث قال لعثمان بن حنيف، وحذيفة بن اليمان: (لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق)[2] فإذا كانت الأرض تطيق الزيادة يزاد بقدر

= الأرض سنينا كلما جز نبت، كالقضبة وهي كل نبات اقتضب فأكل طريا.

المطلع للبعلي ص٢٣٣، المصباح المنير للفيومي ص٣١٣

(١) ابن مفلح: المبدع: ٣٨١/٣ - المكتب الإسلامي، وانظر: الخراج والنظم المالية للريس ص٣٢١ - ٣٢٥ وأبو عبيد: الأموال ص١٠١.

(٢) صحيح البخاري ٢٠٤/٤

الطاقة، كما إذا كانت لا تطيق تلك الوظيفة لقلة ريعها فتنقص.[١]

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف في رواية ثانية إلى جواز النقصان دون الزيادة، لقول عثمان بن حنيف، وحذيفة لعمر بن الخطاب: (ولو زدنا لأطاقت)[٢] فلم يزد عمر مع أنه أخبر بأن الأرض تطيق الزيادة.[٣]

وذهب أحمد في رواية ثانية إلى جواز الزيادة دون النقصان، لقول عثمان بن حنيف لعمر: (والله لو زدتُ عليهم لأجهدتهم)[٤] فدل على إباحة الزيادة ما لم يجهدهم، ولأن الإمام ناظر في مصالح المسلمين كافة، فجاز له الزيادة فيه دون النقصان[٥]

وذهب أحمد في رواية ثالثة، إلى عدم جواز الزيادة والنقصان لأن اجتهاد عمر رضي الله عنه أولى من غيره، إذ هو كالإجماع لعدم إنكار الصحابة عليه.[٦]

(١) الكمال بن الهمام: فتح القدير ٥/٢٨٣، السرخسي: المبسوط ١٠/٧٩، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥٠ ابن رجب: الاستخراج في أحكام الخراج ص٦٧

(٢) صحيح البخاري ٤/٢٠٤

(٣) الكمال بن الهمام: فتح القدير ٥/٢٨٣، السرخسي: المبسوط ١٠/٧٩

(٤) صحيح البخاري ٤/٢٠٤

(٥) ابن رجب: الاستخراج في أحكام الخراج ص٦٧

(٦) نفس المرجع.

ما يراعى عند تقدير الخراج:

٣٠ - ينبغي لواضع الخراج أن ينظر إلى تربة الأرض، ومدى إنتاجيتها وخصوبتها، فما يوضع على الأرض الجيدة يختلف عما يوضع على الأرض الرديئة.

وما يوضع على الأرض التي تزرع في كل عام، يختلف عما يوضع على الأرض التي تزرع في عام، وتراح في عام. فيراعى عند ابتداء وضع الخراج على الأرض التي لا تزرع في كل عام حالها، واعتبر العلماء أصلح الأمور لأرباب هذه الأرض، وأهل الفيء يكون في خصلة من ثلاث.

أ - إما أن يجعل خراجها على الشطر من خراج ما يزرع.

ب - وإما أن يمسح كل جريبين منها بجريب ليكون أحدهما للمزروع والآخر للمتروك.

ج - وإما أن يضعه بكماله على مساحة المزروع والمتروك، ويستوفي من أربابه الشطر من مساحة أرضهم.[١]

خفة مؤونة السقي وكثرتها:

٣١ - من الأمور التي تراعى أيضا عند تحديد

(١) الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥٠، ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١/١١٨، البهوتي: كشاف القناع ٣/٩٨، ابن مفلح: المبدع ٣/٣٨٢

وظيفة الأرض العشرية خفة مؤونة السقي وكثرتها. فقد أوجب النبي ﷺ العشر في الخارج من الأرض العشرية التي تسقى بماء السماء والأنهار، وأوجب نصف العشر في الخارج من الأرض العشرية التي تسقى بماء الآبار الذي يحتاج في إخراجه إلى مؤونة.

وكذلك الأمر بالنسبة للأرض الخراجية، فما يوضع على الأرض التي تسقى بماء الأمطار، أو العيون، أو الأنهار يزيد عما يوضع على الأرض الخراجية التي تسقى بماء الآبار.

نوعية الزروع والثمار المزروعة في الأرض الخراجية:

٣٢ - الخراج الذي يوضع على الأرض التي تزرع بالقمح، أو الشعير، يختلف عما يوضع على الأرض التي تزرع بالأشجار المثمرة كالعنب، والنخيل، وذلك لاختلاف قيمة كل نوع عن الآخر.

٣٣ - قرب الأرض الخراجية من المدن والأسواق وبعدها عنها:

فما يوضع على الأرض القريبة من المدن والأسواق يختلف عما يوضع على الأرض البعيدة عن المدن والأسواق لأن بعدها عن المدن والأسواق يزيد من المؤونة والكلفة.

ماينزل بأرباب الأرض الخراجية من نوائب وملمات.

٣٤ - ينبغي لواضع الخراج أن يحسب حساب النوائب، والملمات التي قد تنزل بأرباب الأرض فيترك لهم من غاية ما تحتمله الأرض نسبة معينة لمواجهة تلك النوائب، والملمات.

كما أمر النبي ﷺ في خرص الثمار المزكاة حيث قال: «إذا خرصتم فجذوا ودعوا الثلث فإن لم تدعوا أو تجذوا الثلث فدعوا الربع»[1] وقد علل النبي ﷺ ذلك بقوله: «فإن في المال العرية والوطية»[2] وقال عمر رضي الله عنه: «خففوا على الناس في الخرص فإن في المال العرية[3]

---

(١) حديث: «إذا خرصتم فجذوا ودعوا الثلث، فإن لم تدعوا أو تجذوا...». أخرجه أبو داود (٢/ ٢٦٩ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث سهل بن أبي حثمة، وفي إسناده راو فيه لين.

(٢) حديث: «فإن في المال العرية والوطية». أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب الأموال (ص٥٨٦ - نشر دار الفكر - بيروت) من حديث مكحول مرسلا.

(٣) قال أبو عبيد: العرية تفسر تفسيرين: الأول: كان مالك ابن أنس يقول: هي النخلة يهب الرجل ثمرتها للمحتاج يعريه إياها، فيأتي المعرى - وهو الموهوب له - إلى نخلته تلك ليجتنيها، فيشق على المعري - وهو الواهب - دخوله عليه لمكان أهله في النخل قال: فجاءت الرخصة للواهب خاصة أن يشتري ثمرة تلك النخلة من الموهوبة له بخرصها تمرا.

وأما التفسير الثاني فهو أن العرايا، هي النخلات يستثنيها الرجل من حائطه إذا باع ثمرته، فلا يدخلها في البيع، ولكنه يبقيها لنفسه وعياله فتلك الثنيا، لا تخرص عليه لأنه قد عفى لهم عما يأكلون تلك الأيام فهي =

والأكلة.[1]

وقد راعى عثمان بن حنيف ذلك التخفيف عندما وضع الخراج على أرض السواد فقال: (حملناها أمرا هي مطيقة له، ما فيها كثير فضل)[2] فدل ذلك على أنه قد كان فيها فضل وإن كان يسيرا فقد تركه لهم. وقال أيضا: (ولو زدنا لأطاقت).[3]

وقد نبه الماوردي على ذلك بقوله: (ولا يستقصي في وضع الخراج غاية ما يحتمله، وليجعل منه لأرباب الأرض بقية يجبرون بها النوائب والحوائج، حكي أن الحجاج كتب إلى عبدالملك بن مروان يستأذنه في أخذ الفضل من أموال السواد، فمنعه من ذلك، وكتب إليه لا تكن على درهمك المأخوذ أحرص منك على درهمك المتروك، وأبق لهم لحوما يعقدون بها شحوما).[1]

استيفاء الخراج:

إذا وضع الخراج على أرض خراجية فلابد من استيفائه بعد حلول وقت الوجوب ليصرف في مصارفه الشرعية من سد المصالح العامة.

وقت استيفاء الخراج:

٣٥ - لمعرفة وقت استيفاء الخراج لابد من بيان وقت الوجوب، لأن الاستيفاء - غالبا - ما يكون بعد حلول وقت الوجوب.

أ - وقت وجوب الخراج

٣٥م - وقت وجوب الخراج يختلف تبعا لنوع الخراج المفروض على رقبة الأرض.

فإذا كان المفروض خراج مقاسمة، يكون وقت الوجوب عند كمال الزرع وتصفيته، ويتكرر الواجب بتكرر الخارج من الأرض، لأن الخراج يتعلق بالخارج من الأرض.[2]

أما إذا كان المفروض خراج وظيفة، فلا يؤخذ إلا مرة واحدة في السنة، ولا يتكرر، ولو

= العرايا سميت بذلك لأنها أعريت من أن تباع، أو تخرص في الصدقة. وللعرية تعريفات أخرى تنظر في مصطلح: (بيع العرايا) ج٩ من الموسوعة.

فالمعنى الثاني هو المقصود في حديث النبيﷺ.

وأما الوطية فهي السابلة وهم الذين يطئون بلاد الثمار مجتازين: أبو عبيد: الأموال ص٦٥٦ - ٦٥٨، وانظر الماوردي (ص١٤٩).

(١) أثر عمر: «خففوا على الناس في الخرص فإن في المال العرية والأكلة».

أخرجه أبو عبيد القاسم بن سلام في كتاب «الأموال» (ص٥٨٧ - نشر دار الفكر - بيروت) من طريق الأوزاعي قال: بلغنا أن عمر بن الخطاب قال: .. فذكره، وإسناده ضعيف لانقطاعه.

(٢) صحيح البخاري ٤/٢٠٤

(٣) نفس المرجع.

(١) الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥٩

(٢) منلا خسرو: درر الحكام في شرح غرر الأحكام - مطبعة أحمد كامل بالقاهرة ١٣٢٩هـ - ١/٢٩٧، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٤٩، أبو يعلى: الأحكام السلطانية ص١٦٨، ابن رجب: الاستخراج ص٧٢، ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١/١١٦

استغلها صاحبها في السنة عدة مرات، وذلك لأن عمر رضي الله عنه لم يأخذ الخراج من أهل الذمة إلا مرة واحدة في السنة، ولأن ريع عامة الأراضي يكون في السنة مرة واحدة، وإنما يبنى الحكم على العام الغالب.

والوظيفة المفروضة، إما أن تكون على مساحة الأرض، وإما أن تكون على مساحة الزرع.

فإذا كانت على مساحة الأرض، فيجب الخراج عند نهاية السنة القمرية، لأنها السنة المعتبرة شرعا.

وإذا كانت على مساحة الزرع فيجب الخراج عند نهاية السنة الشمسية، لأنها السنة التي تكون عليها الأمطار ويزرع الزرع.

وممن ذهب إلى أن خراج الوظيفة يجب عند نهاية السنة، المالكية والشافعية والحنابلة.(١)

وذهب أبو حنيفة إلى أن الخراج يجب في أول السنة، ولكن بشرط بقاء الأرض النامية في يده سنة، إما حقيقة، وإما تقديرا، ويأخذه الإمام عند بلوغ الغلة.(٢)

(١) ابن رشد: المقدمات على هامش المدونة ١/٣٩٧ ـ ٣٩٨، الرملي: نهاية المحتاج ٨/٧٤، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٤٩، أبو يعلى: الأحكام السلطانية ص١٦٨

(٢) الفتاوى الهندية ٢/٢٤٣

ب ـ تعجيل الخراج:

٣٦ ـ المقصود بتعجيل الخراج استيفاؤه ممن وجب عليه قبل خلول وقت وجوبه. فهل يجوز للإمام مطالبة أهل الذمة بالخراج قبل حلول وقته؟

أجاز الحنفية والحنابلة تعجيل الخراج لسنة أو سنتين، لأن سببه الأرض النامية، وهو بمثابة الأجرة على الأرض، ولأنه حق مالي عجل رفقا فجاز تقديمه على أجله كالدين.(١)

ومقتضى قياس المالكية والشافعية جواز تعجيله لسنة أو سنتين، لأن الخراج عندهم أجرة، والأجرة يجوز تقديمها قبل استيفاء المنفعة.

ولو تعجل الإمام الخراج قبل وجوبه ثم انقطع وجوبه فهل يرد الإمام ما أخذه إلى صاحب الأرض؟

فرق الحنفية بين ما إذا كان المأخوذ قد صرف، وبين ما إذا كان باقيا. فإن كان باقيا رده الإمام عليه.

وإن كان قد صرف فلا شيء له، كالزكاة المعجلة لأن مذهبهم في الخراج أنه صلة واجبة باعتبار الأرض.(٢)

(١) الفتاوى الهندية ٢/٢٤٤، داماد: مجمع الأنهر ١/٦٦٩، ابن رجب: الاستخراج في أحكام الخراج ص٧٣

(٢) الفتاوى الهندية ٢/٢٤٤

وذهب الحنابلة إلى رده على صاحب الأرض مطلقا - أي سواء كان المأخوذ باقيا أو قد صرف - لأنه أجرة محضة، وليس بقربة ليقع نفلا.[١]

أما بالنسبة للمالكية والشافعية فالظاهر أنهم يرون الرد على صاحب الأرض مطلقا، لأن الخراج عندهم أجرة. ولم نجد نصا لهم بذلك.

ج - تأخير الخراج :

٣٧ - إذا تأخر صاحب الأرض الخراجية عن أداء ما وجب عليه، فإما أن يكون موسرا، وإما أن يكون معسرا.

فإن كان موسرا ومطل حبس به، إلا أن يوجد له مال فيباع في خراجه كالمديون. وإذا لم يوجد له غير أرض الخراج فيترك الأمر للإمام، إما أن يبيع منها بقدر الخراج، وإما أن يؤجرها عليه، ويستوفي الخراج من أجرتها ويرد الباقي إلى صاحب الأرض. وإن نقصت الأجرة عن الخراج كان على صاحب الأرض نقصانها.[٢]

وإذا كان صاحب الأرض معسرا وجب إنظاره ويكون دينا في ذمته، ولا يسقط عنه الخراج عند الشافعية، والحنابلة، والصاحبين

(١) ابن رجب: الاستخراج في أحكام الخراج ص٧٣

(٢) الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥١، أبو يعلى: الأحكام السلطانية ص١٧٢، ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١/١٢٣

من الحنفية، لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾،[١] ولأن الخراج أجرة للأرض، والأجرة لا تسقط بالإعسار كأجرة الدار والحوانيت.[٢]

وذهب أبو حنيفة إلى أن الخراج يسقط بالإعسار كما تسقط الجزية، لأنه صلة واجبة باعتبار الأرض - أي ليس بدلا عن شيء -[٣]

وبالنسبة للمالكية، فالظاهر أن رأيهم موافق لرأي الشافعية والحنابلة بناء على أصلهم في أن خراج الأرض أجرة، ولم نجد لهم نصا في ذلك.

الشخص الذي يستوفى منه الخراج :

٣٨ - المطالب بالخراج هو من بيده الأرض الخراجية سواء أكانت بيده ابتداء أم انتقلت إليه.[٤]

واشترط الحنفية لمطالبة المشتري بالخراج، أن تبقى الأرض في يده مدة يتمكن فيها من الانتفاع بالزراعة أو غيرها. وقدروا هذه المدة

(١) سورة البقرة/ ٢٨٠

(٢) الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥١، ابن مفلح: المبدع ٣/٣٨٢، البهوتي: كشاف القناع ٣/٩٨ - ٩٩، الكاساني: بدائع الصنائع ٩/٤٣٣، حاشية ابن عابدين ٤/١٩٢ - ٢٠١

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع ٩/٤٣٣، حاشية ابن عابدين ٤/١٩٢ - ٢٠١

(٤) الفتاوى الهندية ٢/٢٣٩، الباجي: المنتقى ٣/٢٢٢، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥١، البهوتي: كشاف القناع ٣/٩٨، ابن مفلح: المبدع ٣/٣٨٢

بثلاثة أشهر. ولذلك قالوا: إذا باع رجل أرضا خراجية من غيره، فباعها المشتري من غيره بعد شهر، ثم باعها المشتري الثاني من غيره كذلك حتى مضت السنة، ولم تكن هذه الأرض في ملك أحدهم ثلاثة أشهر، لا خراج على أحد. (١)

وإذا آجر من بيده الأرض الخراجية أرضه، أو أعارها، أو أعطاها مزارعة، فخراجها على المؤجر أو المعير، لا على المستأجر أو المستعير عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية وأحمد في رواية، لأن الخراج يتعلق بنماء الأرض وهو للمالك، وما يأخذه المالك أو المؤجر من الأجرة عوض عن ذلك النماء، أو المنفعة الحاصلة من الأرض. فلا يكون النفع له والخراج على غيره. وكذلك المستعير إنما دخل على أن ينتفع بالأرض مجانا فلا يؤخذ منه الخراج. (٢)

وذهب أحمد في رواية ثانية إلى أن الخراج يجب على المستأجر أو المستعير قياسا على العشر، ولأن الخراج من تمام تربة الأرض فهو بمنزلة السقي والحرث، وتهيئتها للزراعة، ولأن المستأجر هو المنتفع بالأرض حقيقة. (١)

وإذا غصب الأرض الخراجية غاصب، فإما أن يعطلها عن الزراعة، وإما أن يزرعها ويستغلها. فإذا عطلها عن الزراعة فلا خراج على أحد، وإذا زرعها الغاصب واستغلها، فإما أن تنقصها الزراعة، وإما أن لا تنقصها، فإذا لم تنقصها الزراعة فيجب خراجها على الغاصب.

وإذا نقصتها الزراعة، يكون الخراج على صاحب الأرض، لأن الغاصب ضامن للنقص، ولما كان ضامنا للنقص صار كالمستأجر.

هذا ما ذهب إليه أبو حنيفة، وأبو يوسف.

وقال محمد بن الحسن الشيباني: ينظر إلى ضمان نقصان الأرض وإلى الخراج. فإن كان ضمان النقصان أكثر من الخراج، فالخراج على رب الأرض. فيأخذ من الغاصب غرامة النقصان ويؤدي الخراج منه. وإن كان ضمان النقصان أقل من الخراج، فالخراج على الغاصب ويسقط عنه ضمان النقصان. (٢)

ويؤخذ من نصوص المالكية والشافعية والحنابلة في تضمين الغاصب أجرة الأرض المؤجرة، ومن قواعدهم في ضمان المنافع، أن

(١) الفتاوى الهندية ٢ / ٢٣٩

(٢) الفتاوى الهندية ٢ / ٢٣٩، الكاساني: بدائع الصنائع ٢ / ٣٢، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥١، ابن رجب: الاستخراج في أحكام الخراج ص٩٣، ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١ / ١٢١

(١) ابن رجب: الاستخراج ص٩٣، ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١ / ١٢١

(٢) الكاساني: البدائع ٢ / ٩٣٢

غاصب الأرض الخراجية يضمن الخراج، لأن الخراج بمنزلة الأجرة. [١]

من له حق استيفاء الخراج :

٣٩ - قرر الفقهاء أن الخارج من الأموال العامة التي يتولى أمرها الأئمة والسلاطين. فالإمام هو الذي يقدر الخراج ابتداء، ويطالب به، ويقرر صرفه وفق ما تقتضيه المصلحة العامة، وذلك لأن الإمام وكيل عن الأمة في استيفاء حقوقها ممن وجبت عليهم، وفي تدبير شئونها. قال القرطبي: (الأموال التي للأئمة والولاة فيها مدخل ثلاثة أضرب: ما أخذ من المسلمين على طريق التطهير لهم كالصدقات والزكوات.

والثاني: الغنائم وما يحصل في أيدي المسلمين من أموال الكافرين بالحرب، والقهر، والغلبة.

والثالث: الفيء وهو ما رجع للمسلمين من أموال الكفار عفوا صفوا من غير قتال، ولا إيجاف، كالصلح، والجزية، والخراج، والعشور المأخوذة من تجار الكفار). [٢]

وبناء على ذلك فالمطالب بالخراج هو الإمام، ويجب على أرباب الأرض الدفع إليه، لأن مصرف الخراج غير معين فيفتقر إلى اجتهاد الإمام.

دفع الخراج إلى أئمة العدل :

٤٠ - الإمام العادل: هو الذي اتفق المسلمون على إمامته وبيعته، وقام بتدبير شئون الأمة وفق شرع الله عز وجل، فإذا طلب من ذوي الأموال مالا لا يطلبه إلا بحق، وإذا قسم أموالا عامة قسمها وفق شرع الله، وحسب ما تقتضيه المصلحة العامة، كما قال رسول الله ﷺ: «ما أعطيكم ولا أمنعكم إنما أنا قاسم أضع حيث أمرت». [١]

وقال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «إني أنزلت نفسي وإياكم من هذا المال بمنزلة والي اليتيم[٢] فإن الله تبارك وتعالى قال: ﴿ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف﴾[٣]

فإذا طلب الإمام العادل الخراج من أرباب الأرض الخراجية، وجب عليهم الدفع إليه، ولا يجوز لأحد توزيع خراج نفسه بنفسه، وإذا أدى شخص الخراج إلى مستحقه بنفسه فللإمام أخذه منه ثانيا، لأن حق الأخذ له.

---

(١) الدسوقي ٤/٣١، الجمل على المنهج ٣/٤٨٨، ومغني المحتاج ٢/٢٨٩، والقليوبي ٣/٣٧، المغني ٥/٢٤٦

(٢) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن - دار إحياء التراث العربي - بيروت ١٨/١٤

(١) حديث: «ما أعطيكم ولا أمنعكم». أخرجه البخاري (الفتح ٦/٢١٧ - ط السلفية) من حديث أبي هريرة.

(٢) أبو يوسف: الخراج ص٣٦

(٣) سورة النساء /٦

أما إذا تعذر الدفع إليه فعلى الشخص أن يتصدق به.[1]

دفع الخراج إلى أئمة الجور والظلم:

٤١ - الإمام الجائر: هو الذي يقوم بتدبير شئون الأمة وفق هواه، فيقع منه الجور والظلم على الناس.

فإذا طلب الإمام الجائر الخراج من أرباب الأرض الخراجية، وجب عليهم دفعه إليه عند جماهير الفقهاء، وإذا أدوا إليه الخراج سقط عنهم ولا يطالبون به من قبل أئمة العدل.[2]

قال الكاساني: (وأما سلاطين زماننا الذين أخذوا الصدقات، والعشور، والخراج، لا يضعونها مواضعها فهل تسقط هذه الحقوق عن أربابها؟.

اختلف المشايخ فيه، ذكر الفقيه أبو جعفر الهندواني: أنه يسقط ذلك كله وإن كانوا لا يضعونها في أهلها، لأن حق الأخذ لهم فيسقط عنهم بأخذهم، ثم إنهم لم يضعوها مواضعها فالوبال عليهم.

(١) ابن مودود: الاختيار لتعليل المختار - دار المعرفة - بيروت ٤/١٤٥، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٨/١٤، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٦، أبو يعلى: الأحكام السلطانية ص٢٨، ابن رجب: الاستخراج في أحكام الخراج ص١١٥

(٢) الكاساني: البدائع ٢/٨٨٤، الحطاب: مواهب الجليل ٢/٣٦٤، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج ٤/١٣٢

وقال الشيخ أبو بكر بن سعيد: إن الخراج يسقط، ولا تسقط الصدقات، لأن الخراج يصرف إلى المقاتلة، وهم يصرفون إلى المقاتلة ويقاتلون العدو، ألا ترى أنه لو ظهر العدو، فإنهم يقاتلون ويذبّون عن حريم المسلمين، فأما الزكوات والصدقات فإنهم لا يضعونها في أهلها»[1] واستدلوا لوجوب طاعة الإمام الجائر، فيما يجوز من أمره كطلب الخراج، بقول النبي ﷺ: «كانت بنو إسرائيل تسوسهم الأنبياء كلما هلك نبي خلفه نبي، وإنه لا نبي بعدي. وسيكون خلفاء فيكثرون قالوا: فما تأمرنا؟ فقال: أوفوا ببيعة الأول فالأول، أعطوهم حقهم، فإن الله سائلهم عما استرعاهم».[2]

قال الشوكاني - في بيان معنى «ثم أعطوهم حقهم»: - أي ادفعوا إلى الأمراء حقهم الذي لهم المطالبة به وقبضه، سواء كان يختص بهم أم يعم، وذلك من الحقوق الواجبة، كالزكاة، وفي الأنفس كالخروج إلى الجهاد.[3]

واستدلوا أيضا بقوله ﷺ: «إنها ستكون بعدي أثرة وأمور تنكرونها، قالوا: يارسول الله

(١) الكاساني: المرجع السابق.

(٢) حديث: «كانت بنو إسرائيل». أخرجه البخاري (الفتح ٦/٤٩٥ ط االسلفية) ومسلم (٣/١٤٧١ - ١٤٧٢ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(٣) الشوكاني: نيل الأوطار ٧/١٩٤

كيف تأمر من أدرك منا ذلك؟ قال: تؤدون الحق الذي عليكم وتسألون الله الذي لكم». (١)

دفع الخراج إلى البغاة:

٤٢ ـ البغاة: هم الذين يقاتلون الإمام متأولين كالخوارج وغيرهم، والذين يخرجون على الإمام، أو يمتنعون عن الدخول في طاعته، أو يمنعون حقا وجب عليهم كالزكاة وشبهها فيدعون إلى الرجوع للحق. (٢)

فإذا غلب أهل البغي على بلد، ونصّبوا إماما فجبى الخراج من أرباب الأرض الخراجية، فقد وقع ذلك موقعه، وسقط عنهم ولم يطالبهم به إمام أهل العدل مرة ثانية، عند جماهير الفقهاء، من الحنفية والشافعية والحنابلة وابن الماجشون من المالكية، وذلك لأن عليا رضي الله عنه لما ظهر على أهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبي منهم. ولأن في ترك احتسابه ضررا عظيما، ومشقة كبيرة فإن البغاة قد يغلبون على البلاد السنين الكثيرة فلو لم يحتسب ذلك لأدى إلى ثِنَيِ الواجب في تلك المدة، ولأن حق الإمام في الجباية مرهون بالحماية، وهي غير موجودة عند تغلب البغاة على بلد معين. (٣)

وقال المالكية: يجب على من أخذوا منه الخراج الإعادة، لأنه أعطاه إلى من لا ولاية له صحيحة فأشبه ما لو أخذها آحاد الرعية غصبا. (١)

دفع الخراج إلى المحاربين «قطاع الطريق»:

٤٣ ـ المحاربون: هم الذين يعرضون للناس بالسلاح، فيغصبون المال مجاهرة، أو يقتلون، أو يخيفون الطريق. (٢)

فإذا أخذ المحاربون الخراج من أهله لم يقع ذلك موقعه، ولم يسقط عنهم الخراج بأدائه إلى المحاربين، لأنه كالمأخوذ غصبا. (٣)

طرق استيفاء الخراج:

الطريقة الأولى ـ العمالة على الخراج:

٤٤ ـ تعيين عامل الخراج من اختصاصات الإمام أو نائبه، ويكون هذا العامل بهذا التعيين

---

(١) حديث: «إنها ستكون بعدي أثرة وأمور تنكرونها». أخرجه مسلم (١٤٧٢/٣ ـ ط الحلبي) من حديث عبدالله بن مسعود.

(٢) ابن جزي: القوانين الفقهية ص٢٩٣

(٣) الكاساني: البدائع ٤٤٠٢/٩، ابن جزي: القوانين=

= الفقهية ص٢٩٤ الشافعي: الأم ـ دار المعرفة ببيروت ٢٢٠/٤، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج ١٣٣/٤، أبو يعلى: الأحكام السلطانية ص٥٥، المرداوي: الإنصاف ـ مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة ط١ ـ ١٣٧٥ ـ ١٩٥٦م ـ ٣١٨/١٠

(١) الإمام مالك: المدونة ٢٤٤/١، الحطاب: مواهب الجليل ٣٦٤/٢، القرافي: الفروق ـ دار المعرفة ببيروت ١٧١/٤

(٢) ابن مفلح: المبدع ١٤٤/٩

(٣) الماوردي: الأحكام السلطانية ص٦٣، أبو يعلى: الأحكام السلطانية ص٥٨

وكيلا عن الإمام في استيفاء الخراج وقبضه، فتكون جبايته للخراج محددة بما رسمه له الإمام، ولا يجوز له تقسيم ما جباه من أموال الخراج إلا بإذن الإمام، لأن هذه الأموال لا تصرف إلا باجتهاد الإمام.

وعامل الخراج - باعتبار أنه وكيل - أمين إذا أدى الأمانة فلا يضمن النقصان ولا يملك الزيادة.(1)

شروط تعيين عامل الخراج :

يشترط في عامل الخراج: الإسلام، والحرية، والأمانة، والكفاية، والعلم والفقه. وبيان ذلك فيما يأتي :-

١ - الإسلام :

٤٥ - عامل الخراج قد يكون مختصا بتقدير الخراج ووضعه، وقد يكون مختصا بجبايته ونقله من أرض الخراج إلى بيت المال.

فإذا كان مختصا بوضع الخراج وتقديره فيشترط فيه الإسلام، لأن هذا العمل ولاية شرعية، ويحتاج إلى الأمانة.

ولذا فلا يولى الذمي تقدير الخراج، ووضعه، عند جمهور الفقهاء.

قال أبو طالب: سألت أبا عبدالله - يعني أحمد بن حنبل - يستعمل اليهودي والنصراني في أعمال المسلمين مثل الخراج؟ قال: لا يستعان بهم في شيء.(1)

واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفي صدورهم أكبر، قد بينا لكم الآيات إن كنتم تعقلون﴾.(2)

قال القرطبي: (نهى الله عز وجل المؤمنين بهذه الآية أن يتخذوا من الكفار، واليهود، وأهل الأهواء دخلاء، وولجاء، يفاوضونهم في الآراء، ويسندون إليهم أمورهم).(3)

وقال إلْكِيا الهراسي: (في الآية دلالة على أنه لا يجوز الاستعانة بأهل الذمة في شيء من أمور المسلمين).(4)

وذكر ابن كثير في تفسيره: قيل لعمر بن الخطاب رضي الله عنه: إن هاهنا غلاما من أهل الحيرة نصرانيا كاتبا، فلو اتخذته كاتبا، فقال: (قد اتخذت إذاً بطانة من دون المؤمنين).(5)

---

(1) الماوردي: الأحكام ص١٣٠، أبو يعلى: الأحكام ص١٤٠ - ١٨٦، أبو يوسف: الخراج ص١٠٧

(1) ابن القيم: أحكام أهل الذمة ٢٠٨/١

(2) سورة آل عمران/١١٨

(3) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن ١٧٨/٤

(4) الكيا الهراسي: أحكام القرآن - مطبعة حسان بالقاهرة ٦٨/٢

(5) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم - دار المعرفة ببيروت ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ٩٨/١

عقب ابن كثير على هذا الأثر بقوله: (ففي هذا الأثر مع هذه الآية دليل على أن أهل الذمة لا يجوز استعمالهم في الكتابة التي فيها استطالة على المسلمين، واطلاع على دواخل أمورهم التي يخشى أن يفشوها إلى الأعداء من أهل الحرب، ولهذا قال تعالى: ﴿لا يألونكم خبالا﴾. [1]

واستدلوا لذلك أيضا بقوله ﷺ: «لا تستضيئوا بنار المشركين»[2] أي لا تستنصحوهم، ولا تستضيئوا برأيهم.

وروي عن معاوية رضي الله عنه أنه أرسل إلى أمير المؤمنين عمر رضي الله عنه خطابا جاء فيه: ياأمير المؤمنين، فإن في عملي كاتبا نصرانيا لا يتم أمر الخراج إلا به فكرهت أن أقلده دون أمرك. فكتب إليه عافانا الله وإياك، قرأت كتابك في أمر النصراني، أما بعد، فإن النصراني قد مات والسلام. [3]

وقد سار الخلفاء الذين لهم ثناء حسن في الأمة على نهج عمر رضي الله عنه في استبعاد أهل الذمة عن الوظائف التي فيها اطلاع على دواخل المسلمين.

فقد كتب عمر بن عبدالعزيز إلى أحد عماله: أما بعد، فإنه بلغني أن في عملك كاتبا نصرانيا يتصرف في مصالح المسلمين والله تعالى يقول: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا الذين اتخذوا دينكم هزوا ولعبا من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم والكفار أولياء واتقوا الله إن كنتم مؤمنين﴾[1] فإذا أتاك كتابي هذا فادع حسانا - يعني ذلك الكاتب - إلى الإسلام، فإن أسلم فهومنا، ونحن منه، وإن أبى فلا تستعن به، ولا تتخذ أحدا على غير دين الإسلام في شيء من مصالح المسلمين. فأسلم حسان وحسن إسلامه. [2]

ولأن من شروط متولي هذا العمل الأمانة والنصح للمسلمين، والحرص على مصالحهم. وهذه الشروط غير متحققة في المشركين، وقد نبه الله المسلمين على صفاتهم فهم لا يحبون الخير للمسلمين، ويغشون، ولا ينصحون، قال تعالى فيهم: ﴿ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين أن ينزل عليكم من خير من ربكم﴾. [3]

وقال تعالى: ﴿إن يثقفوكم يكونوا لكم

---

(١) المرجع السابق.

(٢) حديث: «لا تستضيئوا بنار المشركين». أخرجه النسائي (٨/١٧٧ - ط المكتبة التجارية) من حديث أنس بن مالك، وفي إسناده «أزهر بن راشد» وهو مجهول كما في ميزان الاعتدال (١/١٧١ ط الحلبي).

(٣) ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١/٢١١

---

(١) سورة المائدة/ ٥٧

(٢) ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١/٢١١

(٣) سورة البقرة/ ١٠٥

أعـداء ويبسطـوا إليكم أيديهم وألسنتهم بالسوء وودوا لو تكفرون﴾ . [١]

ولهذا ولغيره منع الفقهاء أن يستعمل الذمي في عمـل يختص بوضـع الخراج وتقديره . أما إذا كان مختصـا بجبـايتـه ونقله ، فيختلف الحكم . فإذا كان يجبيه من الذميين جاز أن يكون ذميا ، وإن كانت معـاملتـه مع المسلمين الذين بأيديهم الأرض الخـراجيـة ففي جواز ذلـك وجهـان . والأصح عدم الجواز كما قال النووي . [٢]

٢ ـ الحرية :

٤٦ ـ تشـترط في عامـل الخـراج المختص بتقدير الخـراج ووضعـه الحـريـة . ولـذا فلا يولى العبد تقـديـر الخـراج ووضعـه ، لأن هذا العمل ولاية شرعيـة . أمـا إذا كان العـامـل جابيـا فتشـترط الحـريـة إن لم يستقـر في هذا العمـل إلا عن استنابة ، ولا تشترط إن استغنى عن الاستنابة ، لأنه يكون في هذه الحالة كالرسول للمأمور . [٣]

٣ ـ الأمانة :

٤٧ ـ تشـترط في عامل الخراج الأمانة . ولذا فلا يولى الخـائن وغـير الثقـة ، لئلا يخون فيها أؤتمن عليـه ، ولا يغش فيـما قد استنصـح فيـه ، قال تعـالى : ﴿يـا أيهـا الـذين آمنـوا لا تخونـوا الله والـرسـول وتخـونوا أماناتكم وأنتم تعلمون﴾ [١] وقـال تعـالى : ﴿فـإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته وليتق الله ربه﴾ . [٢]

قال أبـو يوسف في كتاب الخراج الذي وجهه إلى أمـير المؤمنـين هارون الرشيد : (ورأيت أن تتخـذ قوما من أهل الصلاح ، والدين ، والأمانة فتوليهم الخراج) . [٣]

٤ ـ الكفاية :

٤٨ ـ تشـترط في عامـل الخـراج الكفـاية بحيث يكـون مضطلعـا بالحسـاب ، والمساحة ، وكيفية خرص الثـمار ، وذلـك لأن عمـر رضي الله عنـه قال : (فمن رجـل له جزالـة وعقل يضع الأرض مواضعها ، ويضع على العلوج ما يحتملون) . [٤] فأخـبر بعثـمان بن حنيف فعينه ، لأنه كان ذا بصر وعقل ، وتجربة .

قال ابن أبي الـربيـع ـ في بيـان ما تتحقق به كفاية عامل الخراج ـ :

ينبغي أن يكون خبيرا بحفر الأنهار ، ومجاري

---

(١) سورة الممتحنة /٢

(٢) النووي : روضة الطالبين ـ المكتب الاسلامي ببيروت ٦/٣٦٧ المـاوردي : الأحكـام السلطانيـة ص١٣٠ ، أبويعلى : الأحكام السلطانية ص١٤٠

(٣) المراجع السابقة .

(١) سورة الأنفال /٢٧

(٢) سورة البقرة /٢٨٣

(٣) أبو يوسف : الخراج ص١٠٦ ، ١١٠

(٤) أبو يوسف : المرجع السابق ص٢٧

المياه، وأن يكون عارفا بالمساحات، وتخمين الغلات، وأن يكون عالما بفصول السنة، ومجاري الشمس، وأن يكون بصيرا بالحساب وكسوره وترتيبه، وأن يكون له دربة بعقد الجسور، والقناطر والمصالح، وأن يكون له خبرة بما يدفع عن الزرع في الأراضي، وأن يكون خبيرا بأوقات الزرع وأحوال الأسعار، وأن يكون عالما بحقوق بيت المال وما يجب له. (١)

هذا إن تولى وضع الخراج وتقديره، أما إن اقتصرت مهمته على طلب جبايته فلا يشترط فيه ذلك.

٥ - العلم والفقه :

٤٩ - إن تولى وضع الخراج اعتبر فيه أن يكون فقيها من أهل الاجتهاد، وإن ولي جباية الخراج صحت ولايته، وإن لم يكن فقيها مجتهدا. (٢)

آداب عامل الخراج :

١ - الرفق بأهل الخراج :

٥٠ - ينبغي لعامل الخراج أن يكون رفيقا بأهل الخراج. ومن مظاهر الرفق في استيفاء الخراج أيضا أن يأخذهم بالخراج كلما خرجت غلة، فيأخذهم بقدر ذلك حتى يستوفي تمام الخراج في آخر الغلة، ومعنى ذلك أن يوزع الخراج على قدر الغلة، حتى إن الأرض إذا كانت تزرع في الربيع والخريف قسم الخراج نصفين، فيأخذ نصف الخراج من غلة الربيع، ويؤخر النصف الثاني إلى غلة الخريف. (١)

٢ - العدل والإنصاف :

٥١ - يجب على عامل الخراج أن يكون عادلا في وضع الخراج، وتقديره، فيساوي بين الناس في هذه المعاملة، ولا يحابي القريب على البعيد، ولا الشريف على الوضيع، ويأخذ منهم القدر الواجب عليهم بلا زيادة ولا نقصان. (٢)

٣ - العفة :

٥٢ - يجب على عامل الخراج أن يكون عفيف النفس، فلا يطلب رشوة من أحد، ولا يقبل هدية من أهل الخراج، لما روى عبدالله بن عمرو قال: «لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي». (٣)

قال الخطابي: الراشي المعطي، والمرتشي الآخذ. وإنما يلحقهما العقوبة معا إذا استويا في

---

(١) أحمد بن أبي الربيع: سلوك المالك في تدبير الممالك. مطبعة الهدف ببيروت (١٩٧٨م) ص١٦٠

(٢) الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥٢

(١) الفتاوى الهندية ٢/٢٤٣، أبو يوسف: الخراج ص١٠٩

(٢) الفتاوى الهندية ٢/٢٤٣

(٣) حديث: «لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي». أخرجه أبو داود (٤/٩ - ١٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس). والترمذي (٣/٦١٤ - ط الحلبي) وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح».

القصد والإرادة. فرشا المعطي لينال به باطلا ويتوصل به إلى ظلم. فأما إذا أعطى ليتوصل به إلى حق أو يدفع عن نفسه ظلما، فإنه غير داخل في هذا الوعيد. وروي أن ابن مسعود أخذ في شيء وهو بأرض الحبشة، فأعطى دينارين حتى خلي سبيله.

وروي عن الحسن والشعبي وجابر بن زيد وعطاء أنهم قالوا: لا بأس أن يصانع الرجل عن نفسه، وماله، إذا خاف الظلم. [١]

وروى البخاري ومسلم عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه قال: استعمل النبي ﷺ رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي لي. فقال: فهلا جلس في بيت أبيه، أو بيت أمه فينظر أيهدى له أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحدكم شيئا إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته إن كان بعيرا له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر. [٢] ثم رفع بيده حتى رأينا عفرة إبطيه. [٣]

اللهم هل بلغت. اللهم هل بلغت. ثلاثا». [٤]

(١) الخطابي: معالم السنن ١٦١/٤

(٢) تيعر: أي تصوت، واليعار: صوت الشاة.

(٣) العفرة: بياض ليس بالخالص.

(٤) حديث: أبي حميد الساعدي: «استعمل النبي ﷺ رجلا من الأزد...» أخرجه البخاري (الفتح ٢٢٠/٥ ط السلفية) ومسلم (١٤٦٣/٣ ط الحلبي).

فهذا الحديث يدل على أن الهدايا التي يقدمها أهل الخراج إلى العمال حرام.

قال الخطابي: في هذا بيان أن هدايا العمال سحت، وأنه ليس سبيلها سبيل سائر الهدايا المباحات، وإنما يهدى إليه للمحاباة، وليخفف عن المهدي، ويسوغ له بعض الواجب عليه، وهو خيانة منه، وبخس للحق الواجب عليه استيفاؤه لأهله. [١]

واجب الإمام تجاه عمال الخراج:

١ ـ الرقابة الفعالة على عمال الخراج:

٥٣ ـ لضمان تحقيق العدل بين الناس لابد أن تكون هناك رقابة فعالة على عمال الخراج. وقد نصح أبو يوسف أمير المؤمنين هارون الرشيد بذلك حيث قال: وأنا أرى أن تبعث قوما من أهل الصلاح والعفاف ممن يوثق بدينه وأمانته يسألون عن سيرة العمال وما عملوا به في البلاد وكيف جبوا الخراج على ما أمروا به، وعلى ما وظف على أهل الخراج واستقر، فإذا ثبت ذلك عندك وصح، أخذوا بما استفضلوا من ذلك أشد الأخذ حتى يؤدوه بعد العقوبة الموجعة والنكال حتى لا يتعدوا ما أمروا به وما عهد إليهم فيه. فإن كل ما عمل به والي الخراج من الظلم والعسف فإنما يحمل على أنه قد أمر به، وقد أمر بغيره، وإن أحللت بواحد

(١) الخطابي: معالم السنن ٨/٣

منهم العقوبة الموجعة انتهى غيره واتقى وخاف، وإن لم تفعل هذا بهم تعدوا على أهل الخراج واجترؤوا على ظلمهم وتعسفهم وأخذهم بما لا يجب عليهم. وإذا صح عندك من العامل والوالي تعد بظلم وعسف وخيانة لك في رعيتك واحتجاز شيء من الفيء، أو خبث طعمته، أو سوء سيرته فحرام عليك استعماله، والاستعانة به، وأن تقلده شيئا من أمور رعيتك، أو تشركه في شيء من أمرك. بل عاقبه على ذلك عقوبة تردع غيره من أن يتعرض لمثل ما تعرض له، وإياك ودعوة المظلوم فإنها دعوة مجابة. [1]

٢ ـ ضرورة منح عمال الخراج رواتب تكفيهم :

٥٤ ـ لاجتناب وقوع عمال الخراج في الرشوة وأكل أموال الناس بالباطل، لابد أن تصرف لهم أجور «رواتب» مجزية تفي بحاجاتهم وتكفي نفقاتهم، وقد ذكر أبو يوسف في كتاب الخراج: أن أبا عبيدة بن الجراح قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنهما: دنست أصحاب رسول الله ﷺ فقال له عمر: ياأبا عبيدة إذا لم أستعن بأهل الدين على سلامة ديني فبمن أستعين؟ قال: أما إن فعلت فأغنهم بالعمالة عن الخيانة.

يقول: إذا استعملتهم على شيء فأجزل لهم في العطاء والرزق، لا يحتاجون. [2]

(١) أبو يوسف : الخراج ص١١

(٢) نفس المرجع ص١١٣

الطريقة الثانية : نظام التقبيل «التضمين» :

٥٥ ـ نشأ عن تطبيق الخراج بعض الظواهر الاقتصادية، كنظام التقبيل «التضمين» حيث بدأ وجود هذا النظام في العصر الأموي، وانتشر في العصر العباسي. ومن الأمثلة على تطبيق هذا النظام في ذلك العصر، أن أبا جعفر المنصور كتب إلى نوفل بن الفرات ـ عامل خراج مصر ـ سنة ١٤١ هـ أن اعرض على محمد بن الأشعث ضمان خراج مصر. فإن ضمنه فأشهد عليه، واشخص إليّ (أي عد أنت إلي) وإن أبى فاعمل على الخراج. فعرض عليه ذلك فأبى. [1]

والتقبيل في اللغة: مصدر قبل أي كفل، يقال قبل (بالفتح) إذا كفل أو قبل (بالضم) إذا صار قبيلا أي كفيلا. [2]

والتقبيل في الاصطلاح: أن يتكفل شخص بتحصيل الخراج، وأخذه لنفسه مقابل قدر محدد يدفعه. وهو ما يعرف باسم نظام الالتزام. وقد عرفه أبو عبيد بقوله: (أن يتقبل الرجل النخل والشجر، والزرع النابت، قبل أن يستحصد ويدرك). [3]

(١) المقريزي: المواعظ والاعتبار بذكر الخطط والآثار ـ دار صادر بيبروت ٣٠٦/١

(٢) ابن الأثير : النهاية في غريب الحديث ـ دار الفكر ببيروت ١٠/٤.

(٣) أبو عبيد: الأموال ص١٠٠

حكم التقبيل «التضمين» :

٥٦ ـ لم يرتض كثير من العلماء هذا النظام واعتبروه باطلا غير مشروع . وممن ذهب إلى ذلك أحمد ، وأبو يوسف ، وأبو عبيد ، والماوردي وغيرهم . [1] قال الماوردي : فأما تضمين العمال لأموال العشر ، والخراج ، فباطل لا يتعلق به في الشرع حكم . [2]

واستدلوا لذلك بما روى أبو عبيد ـ بسنده ـ إلى جبلة بن سحيم قال : سمعت ابن عمر رضي الله عنه يقول : «القَبالات ربا» وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : «القَبالات حرام»[3] قال أحمد : (هو أن يتقبل بالقرية وفيها العلوج والنخل ، ومعناه حكمه حكم الربا)[4] وقالوا : يترتب على هذا النظام الظلم والعسف ، وخراب الديار . وقد كتب أبو يوسف إلى هارون الرشيد يحذره من تطبيق هذا النظام ما نصه :(ورأيت أن لا تقبل شيئا من السواد ولا غير السواد من البلاد ، فإن المتقبل إذا كان في قبالته فضل عن الخراج ، عسف بأهل الخراج وحمل عليهم ما لا يجب عليهم ،

(١) أبو يعلى : الأحكام السلطانية ص١٨٦ ، أبو يوسف : الخراج ص١٠٥ ، أبو عبيد : الأموال ص١٠٠ ، الماوردي : الأحكام السلطانية ص١٧٦

(٢) الماوردي : المرجع السابق .

(٣) أبوعبيد : المرجع السابق .

(٤) الفراء : المرجع السابق .

وظلمهم ، وأخذهم بما يجحف بهم ليسلم مما دخل فيه ، وفي ذلك وأمثاله خراب البلاد وهلاك الرعية .

والمتقبل لا يبالي بهلاكهم بصلاح أمره في قبالته ، ولعله أن يستفضل بعد أن يتقبل به فضلا كثيرا ، وليس يمكنه ذلك إلا بشدة منه على الرعية وضرب لهم شديد ، وإقامته لهم في الشمس وتعليق الحجارة في الأعناق ، وعذاب عظيم ينال أهل الخراج مما ليس يجب عليهم من الفساد الذي نهى الله عنه ، وإنما أكره القبالة ، لأني لا آمن أن يحمل هذا المتقبل على أهل الخراج ما ليس يجب عليهم ، فيعاملهم بما وصفت لك فيضر ذلك بهم فيخربوا ما عمروا ، ويدعوه فينكسر الخراج) . [1]

والأصل في كراهته هذا أنه بيع ثمر لم يبد صلاحه ، ولم يخلق بشيء معلوم ، فأما المعاملة على الثلث ، والربع ، وكراء الأرض البيضاء ، فليستا من القبالات ولا يدخلان فيهما ، وقد رخص في هذين ، ولا نعلم المسلمين اختلفوا في كراهة القبالة .

فإذا أمن الإمام عدم الظلم ، والجور ، والعسف ورضي أهل الخراج بهذا النظام ، فقد قال أبو يوسف : لا بأس به ، وإن جاء أهل طسوج ـ ناحية ـ أو مصر من الأمصار ومعهم

(١) أبو يوسف : الخراج ص ١٠٥ ـ ١٠٦

رجل من البلد المعروف موسر، فقالوا: هذا أخف علينا، نظر في ذلك: فإن كان صلاحا لأهل هذا البلد والطسوج، قبل وضمن وأشهد عليه وصير معه أمير من قبل الإمام يوثق بدينه، وأمانته، ويجري عليه من بيت المال، فإن أراد ظلم أحد من أهل الخراج، أو الزيادة عليه أو تحميله شيئا لا يجب عليه، منعه الأمير من ذلك أشد المنع.

وأمير المؤمنين أعلى عينا بما رأى من ذلك، وما رأى أنه أصلح لأهل الخراج، وأوفر على بيت المال عمل عليه من القبالة، والولاية بعد الإعذار والتقدم إلى المتقبل، والوالي يرفع الظلم عن الرعية، والوعيد له إن حملهم ما لا طاقة لهم به، أو بما ليس بواجب عليهم، فإن فعل ففوا له بما أوعد به، ليكون ذلك زاجرا وناهيا لغيره إن شاء الله.[1]

وسيأتي التفصيل في مصطلح: (قبالة).

مسقطات الخراج:

أولا: انعدام صلاحية الأرض للزراعة:

٥٧ - المقصود بانعدام صلاحية الأرض للزراعة هو أن يطرأ على الأرض الخراجية طارىء خارج عن فعل الإنسان، يمنع صاحبها من الانتفاع

(١) الخراج لأبي يوسف ص ١٠٥ و١٠٦ والأموال لأبي عبيد ص٧١.

بها كانقطاع الماء عنها، أو غلبته عليها بحيث تصبح غير صالحة للزراعة.

فإذا تعرضت الأرض الخراجية لذلك سقط عنها الخراج عند جماهير الفقهاء، سواء أكان الخراج الواجب مقاسمة، أم وظيفة، فيسقط خراج المقاسمة، لأن الوجوب متعلق بالخارج من الأرض حقيقة وهو غير موجود. ويسقط خراج الوظيفة، لأن الوجوب متعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض وهو غير موجود.[1]

هذا في حالة عدم إمكانية إصلاحها وإعمارها، أما إذا أمكن إصلاحها وإعمارها فيجب على الإمام أن يعمر الأرض ويصلحها من بيت مال المسلمين من سهم المصالح، ولا يجوز إلزام أهلها بعمارتها من أموالهم.

فإن سألهم أن يعمروها من أموالهم ويعتد لهم بما أنفقوا عليها من خراجها فرضوا بذلك جاز. وإذا كان سهم المصالح عاجزا عن سد نفقات إصلاح هذه الأرض أجبر أهلها عليه، لأن في ذلك مصلحة لهم ولأصحاب الفيء، وإن أمكن الانتفاع بتلك الأرض بعد أن بارت في

(١) حاشية ابن عابدين ٤/١٩٠، الكمال بن الهمام: فتح القدير ٥/٢٨٤، الزيلعي: تبيين الحقائق ٣/٢٧٤، الباجي: المنتقى ٣/٢٢٢، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥٠، أبو يعلى: الأحكام السلطانية ص١٦٨، البهوتي: منتهى الإرادات ٢/١١٩، ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١/١١٦

غير الزراعة كالرعي والصيد وغير ذلك، يوضع عليها خراج جديد بحسب ما تحتمله.

وهذه الأرض تختلف عن أرض الموات، فإن أرض الموات مباحة. (١)

ثانيا: تعطيل الأرض عن الزراعة:

٥٨ - إن كان التعطيل من غير جهة صاحب الأرض، كأن يدهم البلاد عدو يمنع أهل الأرض من زراعتها والانتفاع بها، أو يلحقهم جور من الولاة لم تمكنهم الإقامة عليه. فهذا يسقط الخراج عنهم حتى تعود الأرض كما كانت ويتمكنوا من الانتفاع بها. (٢)

وإن كان التعطيل من جهة صاحب الأرض فإما أن يكون ذلك بتفريط منه، أو بغير تفريط.

فإذا عطلها بتفريط منه كأن يتركها بلا زراعة واستغلال وهو متمكن من الانتفاع بها، وقادر على زراعتها سقط عنه خراج المقاسمة اتفاقا، وذلك لأن خراج المقاسمة يتعلق بالخارج من الأرض حقيقة وهو غير موجود. (٣)

ولا يقر المفرط على عدم استغلاله للأرض

(١) الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥٠، ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١/١١٧

(٢) المرجعان السابقان.

(٣) حاشية ابن عابدين ٤/١٩١، الزيلعي: تبيين الحقائق ٣/٢٧٤ - ٢٧٥، الباجي: المنتقى ٣/٢٢٤، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥٠، الفراء: الأحكام السلطانية ص١٧٢، ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١/١٢٤.

الخراجية، بل يؤمر بزراعتها واستغلالها لئلا يتضرر أصحاب الفيء.

وأما خراج الوظيفة فلا يسقط عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، لأنه يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض وهو موجود، ولأن الخراج بمنزلة الإجارة فإذا عطل المستأجر الانتفاع بالمؤجر لم تسقط الأجرة.

وذهب المالكية إلى سقوط خراج الوظيفة بتعطيل الأرض عن الزراعة، سواء عطلها مختارا أم معذورا، لعدم تحقق الانتفاع بالأرض. (١)

وإذا عطلها بلا تفريط منه كأن ترك زراعتها لعدم قوتها وقدرته الجسمية، أو لعدم قدرته على تحمل تكاليف الزراعة ونفقاتها يسقط خراج المقاسمة اتفاقا، لأنه يتعلق بالخارج من الأرض حقيقة. (٢)

وأما خراج الوظيفة فيسقط عند المالكية لعدم تحقق الانتفاع بالأرض.

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم سقوط الخراج.

وعلى الإمام أن يتصرف في الأرض تصرفا يحقق المصلحة لأهل الفيء، ولصاحب الأرض.

ومن التصرفات التي نص عليها الفقهاء: ما قاله الشافعية والحنابلة: من أن للإمام أن يأمر

(١) المراجع السابقة.

(٢) المراجع السابقة.

صاحب الأرض بتأجيرها لمن يقوم بزراعتها وإلا رفع يده عنها، ولا تترك بيده خرابا وإن دفع خراجها، لئلا تصير بالخراب مواتا، فيتضرر أهل الفيء بتعطيلها. (١)

وقال الحنفية: الإمام بالخيار إن شاء دفع الأرض لغير صاحبها مزارعة، ويأخذ الخراج من نصيبه ويمسك الباقي له، وإن شاء آجرها وأخذ الخراج من الأجرة، وإن شاء زرعها من بيت المال فإذا حصلت الغلة أخذ قدر الخراج وما أنفق، ويحفظ الباقي لمستغل الأرض.

وقال أبو يوسف: للإمام أن يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل ويستغل أرضه.

فإذا لم يجد الإمام من يعمل في تلك الأرض مزارعة أو بالأجرة أو غير ذلك، فيرى أبو يوسف ومحمد بيعها وأخذ الخراج من ثمنها، ويحفظ الباقي لمستغل الأرض.

ويرى أبو حنيفة عدم جواز بيعها، وإنما يحجرها للمصلحة العامة، مع أنه لا يرى جواز الحجر على الكبير إلا أن هذا الحجر يعود نفعه على العامة. (٢)

ثالثا: هلاك الزرع بآفة سماوية:

٥٩ ـ إذا زرع صاحب الأرض الخراجية أرضه بزرع ما، فأصابته آفة سماوية لا يمكن الاحتراز عنها، كغرق، أو حرق، أو شدة برد، أو جراد أو غير ذلك، فإما أن يكون الهلاك قبل الحصاد، وإما أن يكون بعده.

أ ـ فإذا هلك الزرع بآفة سماوية قبل الحصاد يسقط خراج المقاسمة إذا أدت تلك الآفة إلى هلاك جميع الزرع، لأن خراج المقاسمة يتعلق بالخارج من الأرض حقيقة.

وأما خراج الوظيفة فيسقط عن صاحب الأرض عند الحنفية، لأنه مصاب ويستحق المعونة، ولأن الخراج صلة واجبة باعتبار الأراضي، فلا يمكن إيجابها بعد هلاك الزرع بآفة سماوية، لأنه ظهر أنه لم يتمكن من استغلال الأرض.

واشترط الحنفية لسقوط الخراج بهذا السبب شرطين:

الأول: أن لا تبقى من السنة مدة يتمكن فيها من زراعة الأرض مرة أخرى، فإن بقيت من السنة مدة يتمكن فيها من أن يزرع الأرض ثانية لم يسقط الخراج لتحقق الانتفاع بالأرض، وقدروا المدة بثلاثة أشهر.

والثاني: أن لا يبقى من الزرع ضعف الخراج الموظف على الأرض، فإن بقي من الزرع ضعف الخراج الموظف على الأرض لم

(١) الماوردي: الأحكام السلطانية ص ١٥٢، أبو يعلى: الأحكام السلطانية ص١٧٢، البهوتي: كشاف القناع ٩٩/٣، ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١٢٤/١

(٢) الفتاوى الهندية ٢٤٠/٢ ـ ٢٤١، حاشية ابن عابدين ١٩١/٤

يسقط الخراج ويؤخذ من الزارع، لأنه لا يزيد على النصف. وإن بقي أقل من ضعف الخراج الموظف على الأرض لا يؤخذ منه الخراج الموظف، ويكتفى في هذه الحالة بأخذ نصف الخارج من الأرض بعد خصم نفقات الزراعة.[1]

هذا ما جاء في كتب الحنفية، أما المالكية والشافعية والحنابلة فلم نجد لهم نصا في هذه المسألة.

ب ـ إذا هلك الخارج من الأرض بآفة سماوية لا يمكن الاحتراز عنها، كغرق، وحرق يسقط خراج المقاسمة، لتعلقه بالخارج من الأرض حقيقة.

جاء في حاشية ابن عابدين: ولو هلك الخارج في خراج المقاسمة قبل الحصاد أو بعده فلا شيء عليه لتعلقه بالخارج حقيقة، وحكمه حكم الشريك شركة الملك فلا يضمن إلا بالتعدي.[2]

وأما خراج الوظيفة فلا يسقط بهلاك الخارج

(١) الكمال بن الهمام: فتح القدير ٥/٢٨٤، السرخسي: المبسوط ١٠/٨٣، حاشية ابن عابدين ٤/١٩٠، داماد: مجمع الأنهر ١/٦٦٨، الفتاوى الهندية ٢/٢٤٢، ابن عبدالبر: الكافي ـ مكتبة الرياض الحديثة ط٢ ـ ١٤٠٠هـ ٢/٧٦١، روضة الطالبين ٥/٢٤٠، الشربيني الخطيب: مغني المحتاج ٢/٣٥٥، ابن قدامة: المغني ٥/٤٨٦، ابن مفلح: المبدع ٥/١٠٦

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/١٩٠

بعد الحصاد عند الحنفية، لأن خراج الوظيفة يجب في الذمة، ويتعلق بالتمكن من الانتفاع بالأرض وزراعتها، وبالحصاد قد تحقق الانتفاع بالأرض، وحصلت الزراعة بالفعل فلا يسقط الخراج الموظف بهلاك الخارج بعد الحصاد.

جاء في الفتاوى الهندية: ذكر شيخ الإسلام (خواهر زادة) أن هلاك الخارج قبل الحصاد يسقط الخراج، وهلاكه بعد الحصاد لا يسقطه.[1]

وبالنسبة للمذاهب الأخرى كالمالكية والشافعية والحنابلة فلم نقف لهم على نصوص في هذه المسألة.

رابعا: إسقاط الإمام للخراج عمن وجب عليه:

٦٠ ـ إذا رأى الإمام إسقاط الخراج عمن بيده أرض خراجية لمصلحة، أو لكون من بيده تلك الأرض يقوم بعمل من الأعمال التي يحتاجها المسلمون، كالقضاء، أو التدريس، أو حماية الثغور الإسلامية، أو التجسس على الأعداء لمعرفة ما عندهم من وسائل القوة المادية والمعنوية أو غير ذلك.

فهل يجوز هذا التصرف من الإمام أو لا؟

ذهب الحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى جواز ذلك، لأن الإمام له حق النظر في مصالح

(١) الفتاوى الهندية ٢/٢٤٢

المسلمين، وفعل ما فيه مصلحة لهم، ومن القواعد الفقهية التي قررها الفقهاء في ذلك أن: (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)[(١)]

وقالوا: لو صار الخراج في يده جاز له أن يخص به شخصا إذا رأى المصلحة فيه فجاز له تركه بطريق الأولى، ولأن صاحب الخراج له حق في الخراج فصح تركه عليه.

وقد قيد بعض علماء الحنفية والحنابلة ذلك بأن يكون الشخص الذي ينوي الإمام إسقاط الخراج عنه، ممن يستحقون الخراج كالفقيه والجندي، والقاضي، والمؤذن وغير ذلك.[(٢)]

وذهب محمد بن الحسن إلى أنه لا يجوز للإمام إسقاط الخراج عمن وجب عليه، لأن الخراج حق من حقوق المسلمين فلا يجوز للإمام إسقاطه كالعشر.[(٣)] وبالنسبة للمالكية والشافعية فلم نقف لهم على نصوص في هذه المسألة.

(١) ابن نجيم: الأشباه والنظائر - طبعة مؤسسة الحلبي بالقاهرة ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٨م ص١٢٣، الزركشي: المنثور في القواعد - مطبعة الفليج بالكويت من منشورات وزارة الأوقاف الكويتية ط١ - ١٤٠٢ هـ ١٩٨٢م ٣٠٩/١

(٢) البهوتي: كشاف القناع ١٠٠/٣، ابن مفلح: المبدع ٣٨٣/٣، حاشية ابن عابدين ١٩٣/٤، الفتاوى الهندية ٢٤٠/٢، أبو يوسف: الخراج ص٨٦، عبدالعزيز الرحبي: الرتاج المرصد على خزانة كتاب الخراج - مطبعة الإرشاد ببغداد ١٩٧٥م ٥٨٩/١

(٣) حاشية ابن عابدين ١٩٣/٤، الفتاوى الهندية ٢٤٠/٢

خامسا: البناء على الأرض الخراجية:

٦١ - اختلف الفقهاء في استمرار وظيفة الخراج على الأرض الخراجية بعد أن يبنى عليها أبنية وحوانيت.

١ - فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى استمرار وجوب الخراج وعدم سقوطه عن تلك الأرض، لأن الخراج لا يتوقف على الزرع والغرس.[(١)] روى يعقوب بن بختان أنه سأل أحمد بن حنبل، ترى أن يخرج الرجل عما في يده من دار، أو ضيعة على ما وظف عمر رضي الله عنه على كل جريب فيتصدق به؟ فقال ما أجود هذا. فقال يعقوب: بلغني عنك أنك تعطي من دارك الخراج فتتصدق به. فقال: نعم. وقد علل علماء الحنابلة فعل أحمد بقولهم: (إنما كان أحمد يفعل ذلك لأن بغداد من أرض السواد التي وضع عليها عمر الخراج، فلما بنيت مساكن، راعى أحمد حالها الأولى التي كانت عليها في عهد عمر رضي الله عنه).[(٢)]

٢ - وذهب الحنفية إلى سقوط الخراج عن الأرض الخراجية بعد أن يبني عليها من هي بيده

(١) حاشية الدسوقي ١٨٩/٢، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥١ أبو يعلى: الأحكام السلطانية ص١٧٠ البهوتي: كشاف القناع ٩٨/٣، ابن مفلح: المبدع ٣٨٣/٣

(٢) ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١٢٠/١

أبنيـة وحـوانيت، ولا يجب الخراج على الأرض إلا إذا جعلهـا بستـانـا، أومزرعـة، لأن الخراج يتعلق بنماء الأرض وغلتها. (١)

٣ ـ ويرى الماوردي أن الخراج يسقط عن الأرض الخـراجيـة التي بنى عليهـا من هي بيـده أبنيـة ضروريـة لا غنـى له عنهـا. كأن يبني له بيتـا يسكنه. وأما الأبنية الزائدة على قدر حاجته فلا تكـون سببـا في سقـوط الخـراج عن الأرض الخراجية كأن يبني عليها أبنية للاستغلال والنماء. (٢)

سادسـا : إسـلام مالـك الأرض الخـراجيـة أو انتقالها إلى مسلم :

٦٢ ـ اتفق الفقهـاء على أن الخـراج العنـوي لا يسقـط عن الأرض الخراجية بإسلام صاحبها ولا بانتقـالهـا إلى مسلم، لأن الأرض المفتـوحة عنـوة موقـوفـة على جميـع المسلمـين، والخـراج المضروب عليها بمثابة الأجرة فلا يسقط بإسلام من بيده هذه الأرض ولا بانتقالها إلى مسلم. (٣)

واختلفـوا في الخـراج الصلحي (المضـروب على الأرض التي صالـح المسلمـون أهلها على أن لهم الأرض وللمسلمـين الخـراج) هل يسقط بعد إسلام صاحبها، أو انتقالها إلى مسلم :

١ ـ فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنـابلة إلى سقوط الخراج الصلحي إذا أسلم صاحـب الأرض، أوانـتـقـلت إلـى مسلم، لما روى الـعــلاء بن الحضـرمـي قال: « بعثـني رسـول الله ﷺ إلى البحـرين، أوإلى هجـر، فكنت آتي الحـائـط يكـون بين الأخـوة يسلم أحدهم، فآخذ من المسلم العشر، ومن المشرك الخراج ». (١) ولأن الخراج الصلحي بمثابة الجزية التي تتعلق بالكفر، فإذا زال الكفر سقط الخراج كما تسقط الجزية. (٢)

٢ ـ وذهب الحنفيـة إلى عدم سقـوط الخـراج الصلحي قيـاسـا على الخـراج العنـوي، ولأن الخراج مؤنة الأرض، والأصل فيها أنها لا تتغير بتبـدل المـالك إلا لضرورة، فإذا أسلم صاحب الأرض الخراجية أوباعها من مسلم فلا ضرورة

(١) الفتاوى الهندية ٢ / ٢٤٠

(٢) الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥١

(٣) السـرخسي: المبسـوط ١٠ / ٨٠، البـاجي: المنتقى ٣ / ٢٢٤، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٤٧، ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١ / ١٠٢

(١) حديث العلاء بن الحضرمي : «بعثني رسول الله ﷺ إلى البحرين...». أخرجه ابن ماجـة (١ / ٥٨٦ ـ ط الحلبي)، وأعله البوصيري في الزوائد بجهالة راويين فيه وبانقطاع فيه.

(٢) الحطاب: مواهب الجليل ٢ / ٢٧٨، ابن عبدالبر: الكافي ١ / ٤٨٢، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٤٧، أبو عبدالله الدمشقي: رحمة الأمة على هامش الميزان ٢ / ١٧٤، أبو يعلى: الأحكام السلطانية ص١٦٩، ابن قدامة: المغني ٢ / ٧٢٥

لتغير المؤنة، لأن المسلم من أهل وجوب الخراج - أي في الجملة -[1]

اجتماع العشر والخراج على المسلم:

٦٣ - اختلف الفقهاء في هذه المسألة، فذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المسلم الذي يملك الأرض الخراجية يطالب بالزكاة «العشر» والخراج معا إذا زرعها أو انتفع بها.

واستدلوا لاجتماع العشر والخراج، بقوله تعالى: ﴿ياأيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض﴾.[2]

فالآية عامة في كل أرض ينتفع بها وتزرع سواء أكانت خراجية، أوعشرية، كما استدلوا بعموم قوله ﷺ: «فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا[3] العشر، وما سقي بالنضح نصف العشر».[4] ولأن العشر والخراج حقان مختلفان ذاتا، وسببا، ومصرفا، ودليلا: أما اختلافهما ذاتا فلأن العشر فيه معنى العبادة، والخراج فيه معنى العقوبة. وأما اختلافهما سببا فلأن العشر يجب في الخارج من الأرض، والخراج يجب في الأرض النامية، سواء أكان النماء حقيقيا أم تقديريا بأن يتمكن من الانتفاع بالأرض.

وأما اختلافهما مصرفا، فلأن مصرف العشر: الأصناف الثمانية، المحدد في آية الصدقات، ومصرف الخراج: المصالح العامة.

وأما اختلافهما دليلا، فلأن دليل العشر: النص، ودليل الخراج الاجتهاد المبني على مراعاة المصالح.

وإذا ثبت اختلافهما من هذه الوجوه فلا مانع من اجتماعهما، ووجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر، كاجتماع الجزاء والقيمة عند قتل المحرم للصيد المملوك.[1]

وذهب الحنفية إلى عدم اجتماع العشر والخراج في الأرض الخراجية التي يملكها مسلم، ولا يجب في هذه الأرض سوى الخراج. واستدلوا لذلك بما روى ابن مسعود

---

(١) السرخسي: المبسوط ١٠/٨٠، الكمال بن الهمام: فتح القدير ٥/٢٨٥، الزيلعي: تبيين الحقائق ٣/٢٧١، أبويوسف: الخراج ص ٦٣، ٦٩، الكاساني: بدائع الصنائع ٢/٩٢٨

(٢) سورة البقرة/٢٦٧

(٣) العثري: ما يشرب بعروقه من ماء المطر المجتمع في حفيرة

(٤) حديث: «فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر...». أخرجه البخاري (الفتح ٣/٢٤٧ - ط السلفية) من حديث عبدالله بن عمر.

(١) الحطاب: مواهب الجليل ٢/٢٨٧، عليش: منح الجليل ١/٣٣٦، النووي: المجموع شرح المهذب - دار العلوم للطباعة بالقاهرة ١٩٧٢م ٥/٤٥٤، البكري: إعانة الطالبين - مطبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة ٢/١٦٢، الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٥١، أبو يعلى: الأحكام السلطانية ص١٦٩، ابن قدامة: المغني ٢/٢٦، ابن رجب: الاستخراج ص١١٢، ابن القيم: أحكام أهل الذمة ١/١٠٢

رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يجتمع على المسلم خراج وعشر» . (١)

وبما روى طارق بن شهاب قال كتب إليّ عمر بن الخطاب في دهقانة نهر الملك ـ كورة واسعة من الأرض التي بنيت بها بغداد ـ أسلمت فكتب: «أن ادفعوا إليها أرضها تؤدي عنها الخراج» . (٢)

فأمر عمر رضي الله عنه بأخذ الخراج، ولم يأمر بأخذ العشر، ولو كان واجبا لأمر به .

ولأنه لم يأخذ أحد من أئمة العدل، وولاة الجور من أرض السواد عشرا، ولأن سبب وجوبهما واحد وهو الأرض النامية، فلا يجتمعان في أرض واحدة كما لا يجتمع زكاتان في مال واحد كزكاة السائمة والتجارة في الحيوانات . (٣)

مصارف الخراج :

٦٤ ـ لم يفرق الفقهاء بين الخراج والفيء في الصرف، كما فرقوا بين الفيء والزكاة من جهة، ومن جهة ثانية بين الفيء والغنيمة .

فالفيء يتوقف صرفه على اجتهاد الإمام في تقدير المصالح، وتقديم الأهم على المهم، والزكاة تصرف في المصارف الثمانية التي حددتها آية الصدقات . والغنيمة تخمس، وتقسم الأربعة الأخماس بين الغانمين كما حددت آية الغنائم .

قال ابن رشد: (يصرف خراجها ـ أي خراج الأرض المفتوحة عنوة ـ في مصالح المسلمين من أرزاق المقاتلة وبناء القناطر، والمساجد وغير ذلك من سبل الخير) . (١)

وقال البهوتي: (ومصرف الخراج كفيء لأنه منه) . (٢)

وقال الكاساني: (وأما مصرف النوع الثالث من الخراج وأخواته فعمارة الدين، وإصلاح مصالح المسلمين وهو رزق الولاة، والقضاة وأهل الفتوى من العلماء، والمقاتلة، ورصف الطرق وعمارة المساجد، والرباطات، والقناطر، والجسور وسد الثغور، وإصلاح الأنهار التي لا ملك لأحد فيها) . (٣)

وقال النووي في الروضة: (ما يؤخذ من خراج هذه الأرض يصرفه الإمام في مصالح

(١) حديث: «لا يجتمع على المسلم خراج وعشر . . .» أخرجه ابن عدي في الكامل في الضعفاء (٦/ ٢٧١٠ ـ ط دار الفكر) وعنه البيهقي (٤/ ١٣٢ ـ ط دائرة المعارف العثمانية)، وأنكر البيهقي وصله ورفعه .

(٢) رواه أبو عبيد في الأموال ص١٢٤

(٣) الكمال بن الهمام : فتح القدير ٥/ ٢٨٦، حاشية ابن عابدين ٤/ ١٩٢، الكاساني : البدائع ٢/ ٩٣٢ ، الغنيمي الميداني: اللباب في شرح الكتاب دار الكتاب العربي ببيروت ط ٤/ ١٣٩٩ هـ ١/ ١٥٢، ابن نجيم: البحر الرائق ٥/ ١١٨، الجصاص: أحكام القرآن ٣/ ١٤ .

(١) ابن رشد: بداية المجتهد ١/ ٤٠١

(٢) البهوتي: كشاف القناع ٣/ ١٠٠

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع ٢/ ٩٥٩

المسلمين الأهم فالأهم، ويجوز صرفه إلى الفقراء والأغنياء من أهل الفيء وغيرهم).[١]

هذا ما قرره الفقهاء، لأن الخراج من جملة الفيء المصروف في مصالح المسلمين.

وانظر أيضا مصطلح: (بيت المال، وفيء).

حكم تخميس الخراج:

٦٥ ـ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن الفيء لا يخمس، بل يصرف في مصالح المسلمين، وأن الإمام يعطي منه للمقاتلين، والولاة، والقضاة، والعمال، والأئمة والمؤذنين، والفقهاء، وكل من يحتاج إليه المسلمون، ويصرف على بناء القناطر، والمساجد، وشق الطرق وغير ذلك، ويبدأ الإمام بالأهم فالمهم، فإن بقي بعد ذلك منه شيء قسمه بين المسلمين، ولا فرق بين الأغنياء والفقراء.[٢]

واستدلوا لذلك بقوله تعالى: ﴿وما أفاء الله على رسوله منهم فما أوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشاء والله على كل شيء قدير﴾.[١]

قال المفسرون: طلب المسلمون من رسول الله ﷺ أن يخمس أموال بني النضير لما أجلوا عنها فنزلت هذه الآية تبين أنها فيء لم تحصل لهم بمحاربتهم، وإنما هو بتسليط رسول الله ﷺ فهو له خاصة يفعل منه ما يشاء.[٢] ويؤيد ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: كانت أموال بني النضير مما أفاء الله عز وجل على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب فكانت لرسول الله ﷺ خاصة، ينفق على أهله نفقة سنة ثم يجعل ما بقي في الكراع[٣] والسلاح عدة للمسلمين.[٤] هذا ما كان يفعل بالفيء في حياة النبي ﷺ، أما بعد وفاته فقد أصبح لجميع المسلمين، وليس للإمام خاصة، يصرفه في مصالح المسلمين، ويقدم الأهم على المهم، ويؤيد ذلك ما روي عن الإمامين أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما كانا يجعلانه في مصالح المسلمين عامة.

---

(١) النووي: روضة الطالبين ١٠/٢٧٦

(٢) الكاساني: بدائع الصنائع ٩/٤٣٤١، حاشية الدسوقي ٢/١٩٠، حاشية الخرشي على مختصر خليل ٣/١٢٩، الأبي: جواهر الإكليل ١/٢٦٠، الفراء: الأحكام السلطانية ص ١٣٩، ابن قدامة: المغني ٦/٤٠٤، المرداوي: الإنصاف ٤/١٩٩، البهوتي: كشاف القناع ٣/١٠٠

---

(١) سورة الحشر/٦

(٢) ابن الجوزي: زاد المسير ٨/٢٠٩

(٣) الكراع: الدواب التي تصلح للحرب.

(٤) الأثر عن عمر: «كانت أموال بني النضير مما أفاء الله عز وجل...» أخرجه البخاري (الفتح ٦/٩٣ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/١٣٧٦ ـ ١٣٧٧ ـ ط الحلبي)

ولـذا لا يجوز للإمام أن يختص بالفيء لنفسه لأن الإمـام ينصـر بسبب قومـه لا بسببـه خاصة فكانت أموال الفيء للمسلمين كلهم.

وذهب الشـافعية إلى أن الفيء يخمس لقوله تعـالى: ﴿مـا أفـاء الله على رسـولـه من أهـل القـرى فلله وللرسـول ولـذي القـربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾.[١]

فذكـر الأصـنـاف في هذه الآيـة من باب التعـديـد للأصنـاف الذين يستحقون هذا المال ومن ثم فلا يتعدى به هؤلاء.[٢]

انظر: (خمس، وفيء).



(١) سورة الحشر/٧

(٢) الماوردي: الأحكام السلطانية ص١٢٦، النووي: روضة الطالبين ٦/٣٥٤، الشيرازي: المهذب مع المجموع ١٨/١٨٢.

خـرس

التعريف:

١ - الخـرس مصـدر خرِس، يقــال: خرس الإنسـان خرسـا، إذا منـع الكـلام خلقـة، أي خُلق ولا نطق له. أو ذهب كلامه عِيّا.

ولا يخرج استعمال الفقهاء له عن هذا المعنى.[١]

الألفاظ ذات الصلة:

اعتقال اللسان:

٢ - الاعتقــال: الحبس، واعتُقِـل لسـانـه: إذا حبس ومنـع الكـلام.[٢] والمعتقل اللسان وسط بين الأخرس والناطق.

الأحكام المتعلقة بالأخرس:

إسلام الأخرس:

٣ - يصير الكافر مسلما بالإذعان بالقلب والنطق بالشهـادتين إن كان قادرا على النطق، فإن كان

(١) المصباح المنير ولسان العرب مادة: «خرس» وابن عابدين ٢/ ٥٩٠، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٥٩ والجمل ٤/ ٤٣٣

(٢) لسان العرب مادة: (عقل).

عاجزا عن النطق لخرس، فإنه يكتفى في إسلامه بالإشارة مع قيام القرائن على أنه أذعن بقلبه. وهذا مذهب المالكية والصحيح عند الشافعية. وهو ما استظهره ابن نجيم من الحنفية، قال: والظاهر صحة إسلام الأخرس بالإشارة، ولم أر الآن فيها نقلا صريحا.

ومقابل الصحيح عند الشافعية اشتراط صلاة الأخرس بعد إسلامه بالإشارة.

جاء في روضة الطالبين: يصح إسلام الأخرس بالإشارة المفهمة، وقيل: لا يحكم بإسلامه إلا إذا صلى بعد الإشارة، وهو ظاهر نصه في الأم، والصحيح المعروف الأول، وحمل النص على ما إذا لم تكن الإشارة مفهمة. (١)

تكبير الأخرس وقراءته في الصلاة:

٤ ـ تشتمل الصلاة على أقوال وأفعال، ومن الأقوال ما هو فرض، كتكبيرة الإحرام والقراءة، ومنها ما هو سنة كالتكبيرات الأخرى.

فمن كان عاجزا عن النطق لخرس تسقط عنه الأقوال، وهذا باتفاق الفقهاء.

واختلفوا في وجوب تحريك لسانه بالتكبير والقراءة.

(١) الأشباه لابن نجيم / ٣٤٣، والدسوقي ١/ ١٣١ وروضة الطالبين ٨/ ٢٨٢، وأشباه السيوطي ٣٣٨

فعند المالكية والحنابلة ـ عدا القاضي ـ وهو الصحيح عند الحنفية، لا يجب على الأخرس تحريك لسانه، وإنما يحرم للصلاة بقلبه، لأن تحريك اللسان عبث، ولم يرد الشرع به.

وعند الشافعية يجب على الأخرس تحريك لسانه، وشفتيه، ولهاته بالتكبير قدر إمكانه، قال في المجموع: وهكذا حكم تشهده، وسلامه، وسائر أذكاره، قال ابن الرفعة: وإن عجز عن ذلك نواه بقلبه كالمريض.

لكن يظهر أن هذا عند الشافعية بالنسبة للخرس الطارىء، أما الخرس الخلقي فلا يجب معه تحريك شيء. (١) ونحو ذلك قال القاضي من الحنابلة.

وقال ابن نجيم: إن تحريك لسان الأخرس في تكبيرة الافتتاح والتلبية لازم على القول به، أو على المفتى به، وأما بالقراءة فلا على المختار.

الاقتداء بالأخرس :

٥ ـ لا يجوز اقتداء الناطق بالأخرس ولو كان الناطق أميا، لأن الأخرس أسوأ حالا من الأمي لقدرة الأمي على التحريمة، وعجز الأخرس

(١) حاشية ابن عابدين ١/ ٣٢٤، ومراقي الفلاح ص١١٩ وأشباه ابن نجيم/ ١٢١، وحاشية الدسوقي ١/ ٢٣٣ والحطاب ١/ ٥١٩ ونهاية المحتاج ١/ ٤٤٣، ومغني المحتاج ١/ ١٥٢، وحاشية الجمل ١/ ٣٣٧، وكشاف القناع ١/ ٣٣١، والمغني ١/ ٤٦٣

عن الإتيان بالتحريمة والقراءة، وهذا باتفاق الفقهاء. لكنهم اختلفوا في اقتداء الأخرس بأخرس مثله.

فعند الحنفية والمالكية يجوز اقتداء الأخرس بأخرس مثله لتساويهما في العجز.

وعند الشافعية والحنابلة لا يجوز اقتداء الأخرس بأخرس مثله لجواز أن يحسن أحدهما ما لا يحسنه الآخر، أو أنه قد يكون لأحدهما قوة بحيث لو كان ناطقا أحسن ما لا يحسنه الآخر.(١)

إشارة الأخرس في الصلاة :

٦ ـ من المقرر أن الكلام في الصلاة يبطلها، فهل تعتبر إشارة الأخرس في الصلاة مثل كلام الناطق ؟

في قول عند المالكية وهو الصحيح عند الشافعية : إنها لا تبطل بإشارة الأخرس، لأن الإشارة في الصلاة جائزة من الناطق.

واعتبر الحنابلة الإشارة فعلا لا قولا، فلا تبطل الصلاة بها إلا إذا كثرت عرفا وتوالت.

وفي القول الثاني عند المالكية وهو مقابل الصحيح عند الشافعية : إن الصلاة تبطل بإشارة الأخرس، لأن إشارته كالكلام.

وفي قول ثالث عند المالكية : إن قصد الكلام تبطل صلاته، وإن لم يقصد لم تبطل.(١)

والذي يظهر من كلام الحنفية أن الصلاة لا تبطل عندهم بالإشارة.

كما قال الحصكفي : لا بأس بتكليم المصلي وإجابته برأسه، كما لو طلب منه شيء أو أري درهما، وقيل : أجَيِّدٌ؟ فأومأ بنعم أولا، أو قيل كم صليتم؟ فأشار بيده أنهم صلوا ركعتين.(٢)

ذبح الأخرس وصيده :

٧ ـ يختلف الفقهاء في كون التسمية عند الذبح والصيد واجبة أو سنة. ولكنهم يتفقون على حِل ذبيحة الأخرس وصيده مع عدم تسميته لعدم قدرته على النطق.

إلا أن الحنابلة قالوا : إن كان المذكي أخرس أومأ برأسه إلى السماء، ولو أشار إشارة تدل على التسمية، وعلم أنه أراد التسمية، كان فعله كافيا لقيام إشارته مقام نطقه.

وقالوا في الصيد : لا تعتبر التسمية من الأخرس عند إرسال السهم والجارحة لتعذرها

---

(١) ابن عابدين ١/ ٣٩٩ ومراقي الفلاح ص١٥٧ والشرح الصغير ١/ ١٥٦ ط الحلبي، ونهاية المحتاج ٢/ ١٦٥ والشرواني على التحفة ٢/ ٢٨٥ وكشاف القناع ١/ ٤٧٦، والمغني ٢/ ١٩٤

(١) الحطاب ٢/ ٣٢ وروضة الطالبين ١/ ٢٩٢، وكشاف القناع ١/ ٣٧٨

(٢) ابن عابدين ١/ ٤٣٣ وفتح القدير ١/ ٣٥٨

منـه ، والظاهر أنه لابد من إشارته بها ، كما تقدم في الـذكـاة لقيـام إشـارتـه مقـام نطقه . وما قاله الحنابلة هو رأي عند الشافعية .

جاء في المـجمـوع : الأخـرس إن كانت له إشـارة مفهـومـة حلت ذبيحته بالاتفاق ، وإن لم تكن له إشـارة مفهـومة فطريقان : المذهب الحل أيضـا ، وبـه قطـع الأكثـرون ، والرأي الثاني أنه يعتبر كالمجنون ، وبهذا الرأي قطع البغوي والرافعي .[(١)]

تصرفات الأخرس :

٨ ـ إذا كان للأخـرس إشـارة معلومـة مفهومة ، فإنها تقوم مقام عبارته في تصرفاته العقدية كالبيع والإجـارة ، والهبـة ، والـرهـن ، والضـمان ، والنكـاح ، وغـير ذلـك . وكـذلـك في الحلول كالطلاق والعتاق والإبراء .

فالإشـارة تعتبر حجة في حق الأخرس ، لأن الشـارع تعبـد النـاطقـين بالعبـارة ، فإذا عجـز الأخرس عن العبارة أقامت الشريعة إشارته مقام عبارته .

وكـذلك تقوم الكتابة المستبينة المرسومة ـ أي التي تكتب على النحو الـذي تعـارفـه النـاس ـ مقـام عبـارتـه في هذه التصـرفات ، لأن الكتابة زيادة بيان .[(١)]

وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء إلا أن هناك تقييدات تنظر في مصطلح (إشارة) .

طلاق الأخرس :

٩ ـ ذهـب الـفـقـهـاء إلى أن طلاق الأخـرس بإشـارته المفهمة يقع ، وفصل الشافعية والحنابلة فقـالـوا : إن إشـارة الأخـرس بالطـلاق إن فهم طلاقه بها كل أحد ، فصريحة ، وإن اختص بفهم الطلاق منها بعض الناس دون بعض فهي كناية تحتاج إلى نية .[(٢)]

لعان الأخرس :

١٠ ـ يختلف الفقهاء في اعتبار إشارة الأخرس أو كتابته في اللعان ، وقيامها مقام عبارة الناطق .

فعنـد جمهور الفقهاء ـ المالكية والشافعية وهو المعتمـد في المـذهب عنـد الحنـابلة ـ إن كان

---

(١) ابن عابـدين ٥/ ١٨٩ ، ١٩١ ، والـدسـوقي ٢/ ١٠٦ ، والمجمـوع ٩/ ٧٧ ، ٨٦ ، وكشاف القناع ٦/ ٢٠٩ ، ٢٢٧ وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٠٧

(١) الهـدايـة / ٢٦٩ ـ ٢٧٠ وأشبـاه ابن نجيم/ ٣٤٣ وابن عابـدين ٢/ ٤٢٥ ، والـدسـوقي ٢/ ٣١٣ ، ٣٢٧ ، ٣٨٤ ، والتبصرة بهامش فتح العلي ٢/ ٧٩ ـ ٨٠ ، وأشباه السيوطي / ٣٣٨ والمنثور ١/ ١٦٤ ونهاية المحتاج ٦/ ٤٢٦ والروضة ٨/ ٣٩ ، وكشـاف القـنـاع ٥/ ٣٩٢ ومـنتهى الإرادات ٢/ ٢٤٦ و٣/ ١٣٠ ، ٥٧٠ والمـغـني ٣/ ٥٦٦ ، ٦٠٠ و٧/ ٢٣٨ والبهجة شرح التحفة ٢/ ٨٤

(٢) فتـح القـديـر ٨/ ٥١١ وابن عابـدين ٢/ ٤٢٥ وجـواهـر الإكليل ١/ ٣٤٨ ، ومغني المحتاج ٣/ ٢٨٤ وشرح المنتهى ٣/ ١٣٠

للأخرس (زوجا أو زوجة) إشارة مفهومة صح لعانه بالإشارة، كما يصح بالكتابة، ويكرر الإشارة أو الكتابة كالناطق الذي يكرر اللفظ.

ويترتب على لعان الأخرس أو الخرساء عند الجمهور، ما يترتب على لعان الناطق من أحكام، كسقوط الحد، ونفي النسب وغير ذلك.

ولو لاعن الأخرس بالإشارة، أو الكتابة ثم انطلق لسانه فتكلم فأنكر اللعان، أو قال: لم أرده فعند الشافعية والحنابلة يقبل قوله فيما عليه فيطالب بالحد، ويلحقه النسب، ولا يقبل قوله فيما له، فلا ترتفع الفرقة والتحريم المؤبد، وله أن يلاعن في الحال لإسقاط الحد، ولنفي الولد إن لم يفت زمن النفي.

وعند المالكية لا يقبل إنكاره مطلقا.[1]

وذهب الحنفية وبعض الحنابلة إلى أنه لا يصح اللعان من الأخرس أو الخرساء، لا بالإشارة ولا بالكتابة، لأن اللعان لفظ يفتقر إلى الشهادة فلم يصح من الأخرس، لأنه لا يتأتى منه لفظ الشهادة، وسواء أكانا أخرسين أم أحدهما.

وقال الحنفية: لو تلاعن الزوجان وهما ناطقان، ثم زالت أهلية اللعان قبل التفريق بخرسهما، أو خرس أحدهما بطل اللعان، ولا تفريق، ولا حد لدرئه بالشبهة.[1]

إقرار الأخرس:

١١ - تعتبر الإشارة من الأخرس إذا كانت مفهومة قائمة مقام العبارة في إقراره، وكذا الكتابة منه، ويؤخذ بذلك في كل ما أقر به من حقوق العباد بما في ذلك القصاص. وهذا باتفاق الفقهاء إلا في قول عند الحنفية: إن القصاص لا يثبت بإقرار الأخرس.[2]

واختلف في إقرار الأخرس بما يوجب الحد كالقذف والزنى والسرقة.

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو ثور وابن المنذر إلى أن الأخرس يؤخذ بإقراره بما يوجب الحد، لأن من صح إقراره بغير ما يوجب الحد صح إقراره بما يوجبه كالناطق.

وذهب الحنفية - وهو احتمال لكلام الخرقي من الحنابلة ذكره صاحب المغني - إلى أن الأخرس لا تعتبر إشارته أو كتابته في إقراره بما

---

(١) حاشية الدسوقي ٢/ ٤٦٤ والخرشي ٤/ ١٣٠ والفواكه الدواني ٢/ ٨٥، وروضة الطالبين ٨/ ٣٥٢ - ٣٥٣ ونهاية المحتاج ٧/ ١١٠ وكشاف القناع ٥/ ٣٩٢، والمغني ٧/ ٣٩٦

(١) ابن عابدين ٢/ ٥٩٠ والبدائع ٣/ ٢٤٢ والاختيار ٣/ ١٧٠ والمغني ٧/ ٣٩٦.

(٢) الأشباه لابن نجيم/ ٣٤٣ وابن عابدين ٥/ ٤٧٠ - ٤٧١ والتبصرة بهامش فتح العلي المالك ٢/ ٤٠، ٨٠ وجواهر الإكليل ٢/ ١٣٢ وأشباه السيوطي/ ٣٣٨، والمنثور ١/ ١٦٤ وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٠٧ - ٢٠٨ وكشاف القناع ٥/ ٣٩٢ والمغني ٨/ ١٩٥ - ١٩٦

يوجب الحد، لأن الحدود تدرأ بالشبهات لكونها حق الله تعالى. (١)

وينظر التفصيل في مصطلح (إقرار ف٥٤ - ٥٨، وحد، وقصاص).

شهادة الأخرس :

١٢ - ذهب الحنفية والحنابلة - وهو الأصح عند الشافعية - إلى أن شهادة الأخرس لا تقبل، لأن مراعاة لفظ الشهادة شرط صحة أدائها، ولا عبارة للأخرس أصلا، فلا تقبل شهادته ولو فهمت إشارته، لأن الشهادة يعتبر فيها اليقين، ولذلك لا يكتفى بإشارة الناطق.

لكن قال الحنابلة : إذا أدى الأخرس الشهادة بخطه فإنها تقبل.

وعند المالكية ومقابل الأصح عند الشافعية تقبل شهادة الأخرس ويؤديها بإشارة مفهمة أو كتابة، فإذا قطع الحاكم بفهم مقصوده من إشارته حكم بها، لأن الشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم، فإذا فهم عنه بطريق يفهم عن مثله قبلت منه، كالنطق إذا أداها بالصوت. (١)

قضاء الأخرس وفتياه :

١٣ - النطق من الصفات التي يجب توافرها فيمن يتولى القضاء، لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم، ولا يفهم جميع الناس إشارته وهذا باتفاق عدا وجه مقابل للصحيح عند الشافعية.

ويرى الحنفية والحنابلة وهو الصحيح عند الشافعية أن صفة النطق شرط فلا يجوز تولية الأخرس القضاء ولا يصح قضاؤه.

واعتبر المالكية صفة النطق واجبا غير شرط في الابتداء والدوام، ولذا يجب عزله. لكن إن وقع وحكم نفذ حكمه.

وذكر ابن أبي الدم أن في ولاية الأخرس على القضاء قولا آخر للشافعية بصحتها إذا فهمت إشارته. (٢)

---

(١) الهداية ٤/ ٢٧٠، ابن عابدين ٣/ ١٤٤، ١٩٢ و٥/ ٣٥٣ والبدائع ٧/ ٥١، والقوانين الفقهية/ ١٦١ والزرقاني ٨/ ٨٧، والتبصرة بهامش فتح العلي ٢/ ٨٠، ونهاية المحتاج ٧/ ١١٠، ٤١٠ ومغني المحتاج ٤/ ١٥٠ وروضة الطالبين ١٠/ ٩٤، والمغني ٨/ ١٩٥ - ١٩٦ وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٢٠٧ - ٢٠٨

(١) البدائع ٦/ ٢٨٦ وابن عابدين ٤/ ٣٠٢ والتبصرة بهامش فتح العلي ٢/ ٧٩ والكافي ٢/ ٨٩٩ وروضة الطالبين ٨/ ٣٩ و١١/ ٢٤٥ وأشباه السيوطي/ ٣٣٨ والمهذب ٢/ ٣٢٥ وكشاف القناع ٦/ ٤١٧ والمغني ٩/ ١٩٠

(٢) ابن عابدين ٤/ ٣٠٢ والبدائع ٧/ ٣ وحاشية الدسوقي ٤/ ١٣٠ والفواكه الدواني ٢/ ٢٩٧ ونهاية المحتاج ٨/ ٢٢٦ وحاشية الجمل ٥/ ٣٣٧ والروضة ١١/ ٧، والمهذب ٢/ ٢٩١ وكشاف القناع ٦/ ٢٩٥ وأدب القضاء لابن أبي الدم ص٧٤

أمـا بالنسبة للإفتاء فإنه تصح فتوى الأخرس وذلك حيث فهمت إشارته .[١]

يمين الأخرس :

١٤ ـ اختلف الفقهـاء في اعتبـار إشارة الأخرس في اليمين .

فذهب الحنفيـة والمـالكيـة إلى صحة الأيمان من الأخرس بالإشارة إذا كان يفهم ويفهم عنه .

قال الحنفيـة : يستحلف الأخـرس فيقول له القـاضي : عليـك عهـد الله إن كان لهذا عليك هذا الحق؟ ، ويشير الأخرس برأسه : أي نعم .[٢]

واختلفت أقـوال فقهـاء الشـافعية بين انعقاد اليمين بالإشارة وعدم انعقادها .

فالقـول بعـدم انعقـاد اليمـين بالإشارة ذكره السيـوطي ، قال : تعتـبر إشـارة الأخـرس في الدعاوى ولا ينعقد بها الأيمان إلا اللعان .

وصـرح الـزركشي في قواعـده بذلك فقال : إشـارة الأخـرس كنطقـه إلا في مسـائل ، ومنها : حلف بالإشارة لا تنعقد يمينه .

وأمـا القول بانعقاد يمين الأخرس إذا فهمت إشـارتـه فقـد ذكره الزركشي عقب كلامه بعدم الانعقاد فقال : وفي البيان في كتاب الأقضية قال الشـافعي رحمـه الله في الأم : إن كان قد وجب عليـه يمـين وهـو أخـرس لا تفهم إشـارته وقف اليمـين إلى أن تفهم إشـارته ، وإن سأل المدعي أن ترد عليه اليمين لم ترد ، لأنه لم يتحقق نكوله .

وفي حاشيـة الجمـل قال : وقـع للزركشي في القـواعـد عدم انعقـاد يمين الأخرس بالإشارة ، والذي يظهر خلافه أخذا مما صرحوا به في انعقاد لعـانـه بالإشـارة ، ومن قولهم : إن إشـارتـه مثل العبارة إلا في ثلاثة مواضع : بطلان الصلاة فلا تبطل بالإشارة ، والحنث ، والشهادة .

قال الجمـل : ثم رأيت محمـدا الـرملي اعتمد انعقاد يمينه بالإشارة .[١]

واختلفت أيضـا أقـوال فقهاء الحنابلة . ففي مطالب أولي النهى الحلف بألفاظ مخصوصة .

فدل على عدم انعقـــاد يمـين الأخـرس ثم قال : لكـــن صرح في الـــفـــروع في باب صلاة الجمعة بانعقاد اليمين منه كالنية .

وصـــرح ابن قدامـة في المغني بانعقـاد يمـين الأخـرس فقـال : إن توجهت يمـين على ورثـة وفيهم أخـرس مفهـــوم الإشـارة حلف وأعطي حصته ، وإن لم تفهم إشارته وقف حقه .[٢]

---

(١) ابن عابدين ٤/ ٣٠٢ وكشاف القناع ٦/ ٣٠٠

(٢) الأشبـاه لابن نجيم/ ٣٤٣ والاختيـار ٢/ ١١٤ والتبصـرة بهامش فتح العلي المالك ٢/ ٨٠

---

(١) الأشباه للسيوطي / ٣٣٨ ومغني المحتاج ٤/ ٣٤٦ والمهذب ٢/ ١٣٨ ، والمنثور في القـواعد للزركشي ١/ ١٦٤ ـ ١٦٥ وحاشية الجمل ٥/ ٢٨٦

(٢) مطالب أولي النهى ٦/ ٣٥٧ والمغني لابن قدامة ٩/ ٢١٩

الخرس بسبب الجناية :

١٥ ـ اللسان آلة الكلام ، والاعتداء على الإنسان بما يفقده النطق ويجعله أخرس ، إما أن يكون بقطع اللسان ، أو بضرب يؤدي إلى ذهاب الكلام مع بقاء اللسان .

وذلك إما أن يكون عمدا أو خطأ ، وفي موجب ذلك من قصاص أو دية خلاف وتفصيل[١] يرجع إليه في (جناية على ما دون النفس ، ودية) .

الجناية على لسان الأخرس :

١٦ ـ ذهب الحنفية والمالكية والشافعية وهو قول عند الحنابلة : إلى أن في لسان الأخرس حكومة عدل ، لأنه لا قصاص فيه وليس له أرش مقدر لعدم فوات المنفعة ، وإنما وجبت حكومة عدل تشريفا للآدمي ، لأن اللسان جزء منه . وقيد الشافعية ذلك بأن لا يذهب بقطعه الذوق ، وإلا ففيه الدية .

وفي القول الثاني للحنابلة : إن فيه ثلث الدية لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قضى في العين العوراء السادَّة لمكانها إذا طمست بثلث ديتها ، وفي اليد الشلاء إذا قطعت بثلث ديتها ، وفي السن السوداء إذا نزعت بثلث ديتها .[١]

وهذا إذا كانت الجناية خطأ أو كانت عمدا من ناطق .

فإن كانت الجناية من أخرس على أخرس عمدا ، فقد نص المالكية والشافعية والحنابلة إذا أمنت السراية على وجوب القصاص للمماثلة والتكافؤ ، وقواعد الشافعية لا تأبى ذلك ، أما الحنفية فلا قصاص عندهم أصلا في اللسان .[٢]



(١) ابن عابدين ٥/ ٣٥٦ والبدائع ٧/ ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، ٣١١ ، ٣١٧ والاختيار ٥/ ٣١ والدسوقي ٤/ ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ٢٧١ ، والزرقاني ٨/ ٤٠ والشرح الصغير ٢/ ٣٨٩ والمدونة ٦/ ٣١٠ وجواهر الإكليل ٢/ ٢٥٩ والمهذب ٢/ ١٨١ ومغني المحتاج ٤/ ٣٥ ، والجمل ٥/ ٣٤ والمغني ٧/ ٧١٦ ، ٧١٧ ، ٧٢٣ ، و٨/ ١٥ ، ١٦ وكشاف القناع ٥/ ٥٥٢ ، ٥٥٦ ـ ٥٥٧

(١) حديث عمرو بن شعيب أن رسول الله ﷺ قضى في العين . . . » أخرجه النسائي (٨/ ٥٥ ـ ط المكتبة التجارية) . وإسناده حسن .

(٢) البدائع ٧/ ٣٢٣ والدسوقي ٤/ ٢٥٢ ، ٢٧٧ والزرقاني ٨/ ٤٠ والجمل ٥/ ٦٧ ، ونهاية المحتاج ٧/ ٣١١ ومغني المحتاج ٤/ ٣٣ والمغني ٨/ ٤١ و٧٣٣

خرص

التعريف :

١ - الخرص لغة : القول بالظن، ويطلق على الكذب :[1] ومنه قول الحق تبارك وتعالى : ﴿قتل الخراصون﴾ ،[2] ويطلق على حزر ما على النخل والكرم من الثمار تمرا أوزبيبا. وروي أن النبي ﷺ «أمر بالخرص في النخل والكرم خاصة» .[3]

والاصطلاح الشرعي لا يختلف عن ذلك .

الألفاظ ذات الصلة :

٢ - التخمين، والحدس، والتحري متقاربة المعنى، وهي تحديد الشيء بالظن والتقدير، فهي كالخرص في بعض إطلاقاته .

(١) المعجم الوسيط ومصباح المنير مادة : «خرص»، ومغني المحتاج ١ / ٣٨٧

(٢) سورة الذاريات / ١٠

(٣) حديث : « أمر بالخرص في النخل والكرم خاصة» . ذكره صاحب المعجم الوسيط (١ / ٢٢٦) ولم يهتد إلى من أخرجه بهذا اللفظ ويدل عليه ما رواه أبو داود (٢ / ٢٥٧ ط عزت عبيد دعاس) من حديث عتاب بن أسيد، بلفظ «أمر رسول الله ﷺ أن يخرص العنب كما يخرص النخل» . وسيأتي تخريجه (ف/ ٣)

الحكم التكليفي :

أولا : الخرص فيما تجب فيه الزكاة :

٣ - ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يستحب للإمام خرص الثمار على رءوس النخل والكرم خاصة بعد بدو صلاحها، لتحديد قدرها وقدر الزكاة فيها .

فيبعث ساعيه ليخرص الثمار على رءوس النخل والكرم بعد بدو صلاحها، ليعلم بالخرص والتقدير نصاب الزكاة، والقدر الواجب إخراجه .[1]

ويشترط المالكية لذلك : أن يحتاج أصحاب الثمار إلى التصرف فيها، أما إذا لم يحتاجوا إلى التصرف فيها، فينتظر جفاف ما يجف من الثمار وتخرج زكاته تمرا أوزبيبا، وما لا يجف ينتظر جذه ثم يكال البلح، ويوزن العنب، ثم يقدر جفافهما إذا شك في بلوغهما النصاب .[2]

واستدل جمهور الفقهاء لمشروعية الخرص : بما روى الترمذي أن النبي ﷺ : «أمر أن يخرص العنب كما يخرص النخل، وتؤخذ زكاته زبيبا كما تؤخذ صدقة النخل تمرا» .[3]

(١) مغني المحتاج ١ / ٣٨٦ - ٣٨٧، المغني ٢ / ٧٠٦، حاشية الدسوقي ٢ / ٤٥٣

(٢) حاشية الدسوقي ٢ / ٤٥٣

(٣) حديث : «أمر أن يخرص العنب كما يخرص النخل» . أخرجه أبوداود (٢ / ٢٥٧ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والترمذي (٣ / ٢٧ - ط الحلبي)، من حديث عتاب بن =

وعند الشافعية قول بوجوب الخرص لظاهر الحديث.[1]

وقال الخطابي: أثبت الحديث النبوي الخرص والعمل به، وهو قول عامة أهل العلم إلا ما روي عن الشعبي أنه قال: الخرص بدعة، وأنكر أصحاب الرأي - يعني الحنفية - الخرص، وقال بعضهم: إنما كان ذلك الخرص تخويفا للأكرة لئلا يخونوا، فأما أن يلزم به حكم فلا، وذلك أنه ظن وتخمين وفيه غرر، وإنما كان جوازه قبل تحريم الربا والقمار.[2]

وقت الخرص:

٤ ـ لا خلاف بين من يرى مشروعية الخرص في أنه يكون حين يطيب الثمر ويبدو صلاحه، لقول عائشة رضي الله عنها: «إن الرسول ﷺ كان يبعث عبدالله بن رواحة إلى يهود خيبر فيخرص عليهم النخل حين يطيبَ قبل أن يؤكل منه».[3]

= أسيد، وفي إسناده انقطاع بين عتاب بن أسيد والراوي عنه وهو سعيد بن المسيب، كذا في مختصر أبي داود للمنذري (٢/ ٢١١ ـ نشر دار المعرفة).

(١) مغني المحتاج ١/ ٣٨٦

(٢) معالم السنن ٢/ ٤٤ وانظر المغني ٢/ ٧٠٦، والأموال لأبي عبيد ط ـ دار الفكر

(٣) حديث: «كان يبعث عبدالله بن رواحة إلى يهود خيبر». أخرجه أبوداود (٢/ ٢٦٠ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس)، وأعله ابن حجر في التلخيص (٢/ ١٧١ ـ ط شركة الطباعة الفنية) بجهالة فيه، ولكن ذكر له شواهد يتقوى بها.

ولأن المقصود من الخرص معرفة قدر الزكاة، وإطلاق تصرف أرباب الثمار في التصرف فيها، مما تدعو إليه الحاجة.

ما شرع فيه الخرص:

٥ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخرص لا يكون في غير النخل والكرم، لورود الأثر فيهما، فلا يخرص الحب في سنبله، ولا الزيتون لأنه لم يرد فيهما أثر، وليسا في معنى المنصوص حتى يقاسا عليه، والحب مستور في سنبله، وحب الزيتون متفرق في شجره لا يجمعه عنقود فيصعب خرصه، ولا حاجة بأهله إلى أكله غالبا، بخلاف التمر والعنب، فإنهما يؤكلان رطبا، فيخرص على أهله للتوسعة عليهم ليخلى بينهم، وبين أكل الثمرة، والتصرف فيه، ثم يؤدون الزكاة منها على ما خرص.

ولأن ثمرة الكرم، والنخل ظاهرة مجتمعة، فخرصها أسهل، من خرص غيرها.[1]

وعند المالكية قول: بجواز خرص غير التمر، والعنب إذا احتاج أهله، أو كانوا غير أمناء.[2]

وقال الزهري والأوزاعي والليث: يخرص الزيتون ونحوه، لأنه ثمر تجب فيه الزكاة فيخرص كالرطب والعنب.

(١) المغني لابن قدامة ٢/ ٧١٠، ومغني المحتاج ١/ ٣٨٧

(٢) مواهب الجليل ١/ ٣٨٧

حكم التصرف في الثمار قبل الخرص، وبعده :

٦ ـ ذهب الشافعية إلى أنه يحرم التصرف بالأكل أو البيع، أو الهبة في شيء من الثمار قبل الخرص، أو التضمين والقبول لتعلق حق الفقراء بها، ولكن إن تصرف في الكل، أو البعض شائعا صح فيما عدا نصيب المستحقين. أما بعد الخرص والتضمين، وقبول المالك التضمين فلا تحريم، لانتقال الحق من العين إلى الذمة.[١]

وذهب الحنابلة إلى جواز التصرف في الثمار قبل الخرص وبعده بالبيع، والهبة وغيرهما، فإن باع، أو وهب بعد بدو الصلاح، فالزكاة على البائع والواهب إلا أن يشترطها على المبتاع، وإنما وجبت على البائع، لأنها كانت واجبة عليه قبل البيع، فبقي على ما كان عليه، ويفهم من كلام المالكية نحو كلام الحنابلة.[٢]

شروط الخارص :

٧ ـ يكفي في الخرص خارص واحد باتفاق من يرى مشروعية الخرص وهم الشافعية والمالكية، والحنابلة.[٣]

لأن النبي ﷺ كان يبعث عبدالله بن رواحة خارصا أول ما تطيب الثمار[١] ولأنه كالحاكم، ويعمل باجتهاده.[٢]

وعند الشافعية قول: باشتراط تعدد الخارص، لأن الخرص كالتقويم والشهادة، وكلاهما يشترط فيه التعدد.[٣]

ويشترط أن يكون الخارص أمينا غير متهم، عدلا، عارفا بالخرص، وتشترط الذكورة والحرية عند الشافعية، في الأصح، لأن الخرص ولاية، وليس الرقيق، والمرأة من أهلها.[٤]

صفة الخرص :

٨ ـ تختلف صفة الخرص باختلاف الثمر، فإن كان نوعا واحدا، فإن الخارص يشاهد كل واحدة من الأشجار وينظر، كم في الجميع رطبا أو عنبا، ثم يقدر ما يجيء منها تمرا وزبيبا، وإن كان أنواعا خرص كل نوع على حدة، لأن الأنواع تختلف، ولأنه يحتاج إلى معرفة قدر كل نوع حتى يخرج عشره.[٥]

---

(١) أسنى المطالب ١/ ٣٧٤، روضة الطالبين ٢/ ٣٥٣

(٢) المغني لابن قدامة ٢/ ٧٠٤، حاشية الدسوقي ١/ ٤٥٣

(٣) المغني لابن قدامة ٢/ ٧٠٧، مغني المحتاج ١/ ٣٨٧، حاشية الدسوقي ١/ ٤٥٤

---

(١) حديث: «كان النبي ﷺ يبعث عبدالله بن رواحة . . .». سبق تخريجه ف/ ٤

(٢) مغني المحتاج ١/ ٣٨٧

(٣) المصادر السابقة.

(٤) مغني المحتاج ١/ ٣٨٧

(٥) المغني لابن قدامة ٢/ ٧٠٧، مغني المحتاج ١/ ٣٨٧، حاشية الدسوقي ١/ ٤٥٣

هل يترك الخارص شيئا للمالك عند الخرص؟

٩ - ذهب الحنابلة إلى أنه يجب على الخارص أن يترك في الخرص الثلث، أو الربع على حسب الحاجة، توسعة على أرباب الأموال، لأنهم يحتاجون إلى الأكل، هم، وضيوفهم، ويطعمون جيرانهم، ونحوه للشافعية بأنه يترك للمالك ثمر نخلة أو نخلات، وقال ابن حبيب من المالكية: يخفف عن أهل الشجر في الخرص.[١]

واستدلوا بحديث: «إذا خرصتم فجذوا ودعوا الثلث، فإن لم تدعوا أو تجذوا الثلث فدعوا الربع»[٢] ولأنه ﷺ كان يأمر بالتخفيف للواطئة[٣] والساقطة[٤] واللاقطة[٥] وما ينال

(١) المغني لابن قدامة ٢/ ٧٠٧، مغني المحتاج ١/ ٣٨٧

(٢) حديث: «إذا خرصتم فجذوا ودعوا الثلث...». أخرجه أبو داود (٢/ ٢٥٩ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث سهل بن أبي حثمة، ونقل ابن حجر في التلخيص (٣/ ١٧٢ - ط شركة الطباعة الفنية) عن ابن القطان أنه جهّل الراوي عن سهل.

(٣) الواطئة: المارة والسّابلة سموا بذلك لوطئهم الطريق. النهاية لابن الأثير ٥/ ٢٠٠، وقيل: الواطئة: سقاطة التمر تقع فتوطأ بالأقدام).

(٤) الساقطة: كل ما يسقط من صاحبه ضياعا (المصباح).

(٥) اللاقطة، واللقاطة: ما كان ساقطا لا قيمة له من الشيء التافه، وما التقطت من مال ضائع (المصباح، ومتن اللغة).

العيال.[١]

ومذهب المالكية وهو المشهور عند الشافعية عدم ترك شيء في الخرص لعموم الأدلة، المقتضية لوجوب العشر، أو نصفه من غير استثناء.

وذهب المالكية إلى أنه لا يجمع الخارص الحائط (البستان) في الحزر، ولا يجزئه أرباعا أو أثلاثا، وكذا لا يجمع ما زاد على شجرة كالشتين والثلاث ولو علم ما بها جملة، هذا إذا اختلفت في الجفاف ولو كانت من صنف واحد. فإن اتحدت في الجفاف، جاز جمعها في الخرص.[٢]

وحملوا الحديث على الزكاة، فيترك للمالك منها ذلك ليفرقه على فقراء أهله، وجيرانه، لا من المخروص.[٣]

حق الفقراء بعد الخرص:

١٠ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حق الفقراء ينتقل من عين الثمار إلى ذمة المالك بعد الخرص، فيجوز للمالك التصرف في جميع

(١) حديث: «كان يأمر بالتخفيف للواطئة...». أخرجه أبو عبيد في الأموال (ص٥٨٦ - نشر دار الفكر) من حديث مكحول مرسلاً ثم أخرجه من قول عمر (ص٥٨٧) من طريق الأوزاعي قال: بلغنا أن عمر قال: ...

(٢) مغني المحتاج ١/ ٣٨٧، والدسوقي ١/ ٤٥٣، والمواق ٢/ ٢٨٩

(٣) روضة الطالبين ٢/ ٢٥٠، مغني المحتاج ١/ ٣٨٧

الثمار، ويكون حق الفقراء في ذمته، فيخرجه في وقته تمرا أو زبيبا، [١] ويشترط الشافعية على المذهب عندهم لانتقال حق الفقراء إلى ذمة المالك تضمين الساعي عليه، وقبول المالك، كأن يقول له بعد الخرص: ضمنتك نصيب المستحقين من الرطب أو العنب بكذا تمرا أو زبيبا. ويقبل المالك التضمين، لأن الحق ينتقل من العين إلى الذمة، فلابد من رضاهما، كالبائع، والمشتري، فإن لم يضمنه أو ضمنه ولم يقبل المالك، بقي حق الفقراء كما كان، متعلقا بعين الثمار، وعندهم قول: بانقطاع حق الفقراء، بنفس الخرص. [٢]

لأن التضمين لم يرد في الحديث، وليس على حقيقة الضمان، بدليل أنه لو تلف بآفة سماوية، أو سرق قبل الجفاف بلا تفريط من المالك، فلا شيء عليه قطعا، [٣] وهو مذهب مالك وأحمد.

وذهب إمام الحرمين من الشافعية إلى أنه يكفي تضمين الخارص، ولا حاجة إلى قبول المالك. [٤]

تلف المخروص قبل إخراج الزكاة:

١١ - ذهب الفقهاء القائلون بالخرص إلى أنه إذا هلك المخروص بلا تفريط من المالك، قبل إخراج الزكاة فلا شيء عليه إن لم يتمكن من إخراجها، أما إذا تمكن من الإخراج، وأخره بدون عذر أو قصر في الحفظ، فإنه يضمن نصيب الفقراء بالخرص. [١]

ادعاء تلف المخروص:

١٢ - إن ادعى المالك تلف المخروص بغير تفريطه فالقول قوله، بغير يمين، سواء أكان قبل الخرص أم بعده، لأنه من حق الله تعالى فلا يستحلف فيه كالصلاة، والحد، هذا رأي مالك وأحمد.

وذهب الشافعية إلى أنه إن ادعى هلاك المخروص بسبب خفي، كسرقة، أو بسبب ظاهر عرف حدوثه كحريق صدق بيمينه، فإن لم يعلم حدوث السبب الظاهر طولب ببينة على القول الصحيح عندهم، ثم يحلف على أنها هلكت فيه لاحتمال سلامة ماله. أما إذا ادعى غلط الخارص أو حيفه وكان ما ادعاه محتملا قبل قوله، وإن لم يكن محتملا لم يقبل منه. [٢]

ثانيا: فرز أنصبة الشركاء من الثمار على الشجر بالخرص:

١٣ - ذهب المالكية - وهو الراجح عند الشافعية

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٧، مغني المحتاج ١/ ٣٨٧

(٢) مغني المحتاج ١/ ٣٨٧، روضة الطالبين ٢/ ٢٥١

(٣) مغني المحتاج ١/ ٣٨٧

(٤) روضة الطالبين ٢/ ٢٥١

(١) المغني ٢/ ٧٠٧، روضة الطالبين ٢/ ٢٥٢

(٢) مغني المحتاج ١/ ٣٨٨، المغني ٢/ ٧٠٨، حاشية الدسوقي ١/ ٤٥٤

إلى أنه يجوز قسمة الثمار على رءوس أشجار النخيل، والكرم بالخرص، إذا طابت الثمار وحل بيعها، واختلفت حاجة أهلها بأن احتاج بعضهم للأكل، والبعض الآخر للبيع، وذلك للضرورة وسهولة حزرهما بخلاف غيرهما من الزرع والثمار، فلا يجوز الفرز بالخرص، كما تقدم.[1] واستدلوا بحديث عبدالله بن رواحة في الخرص على يهود خيبر المتقدم (ف/٤).

ثالثا: البيع بالمجازفة:

١٤ - لا خلاف بين الفقهاء في الجملة في جواز بيع الصبرة جزافا، وهو البيع بلا كيل ولا وزن، بالحدس والظن، والتخمين، اكتفاء بالمشاهدة عن الكيل أو الوزن.[2] وشروط ذلك وتفصيله في مصطلح: (جزاف، وعرايا، ومزابنة).

(١) الزرقاني ٦/ ٢٠٢ - ٢٠٣، مغني المحتاج ٤/ ٤٢٤، المغني ٩/ ١١٥، روضة الطالبين ١١/ ٢١٥

(٢) المغني ٤/ ١٣٧، مغني المحتاج ٢/ ١٨، حاشية الجمل ٣/ ٣٤ - ٣٥، فتح القدير ٥/ ٤٧٠، حاشية ابن عابدين ٤/ ٢٧

خروج

التعريف:

١ - الخروج في اللغة مصدر خرج يخرج خروجا ومخرجا، نقيض الدخول.[1]

والفقهاء يستعملون الخروج بمعناه اللغوي، ويستعملونه أيضا بمعنى البغي، أي الخروج على الأئمة.[2]

الأحكام المتعلقة بالخروج:

للخروج أحكام تختلف باختلاف الخارج، وباختلاف ما يتعلق به الخروج، أهمها مايلي:

الخارج من السبيلين وغيرهما:

٢ - لا خلاف بين الفقهاء في أن الخارج من السبيلين إذا كان منيا خرج على وجه الدفق والشهوة، أو دم حيض أو نفاس، فإنه موجب للغسل، وعلى أن غير المني إذا كان معتادا كالبول، أو الغائط، والريح، ينقض الوضوء، واختلفوا في غير المعتاد، فذهب جمهور الفقهاء

(١) لسان العرب المحيط، ومتن اللغة مادة: «خرج».

(٢) الاختيار ٤/ ٥٤.

(الحنفية والشافعية والحنابلة وابن عبدالحكم من المالكية) إلى أنه ينقض الوضوء.

ويرى جمهور المالكية أن غير المعتاد كالدود والحصى لا ينقض الوضوء.

وفي الخارج من غير السبيلين خلاف وتفصيل ينظر في مواطنه من كتب الفقه.[١]

وانظر مصطلح: (وضوء).

خروج القدم أو بعضها من الخف:

٣ - صرح جمهور الفقهاء بأنه يثبت حكم نزع الخف - وهو بطلان الوضوء أو المسح على خلاف فيه - بخروج القدم إلى ساق الخف، وكذا بخروج أكثر القدم في الصحيح من مذهب الحنفية، والمالكية، لأن الاحتراز عن خروج القليل متعذر، لأنه ربما يحصل بدون القصد، بخلاف الكثير، فإن الاحتراز عنه ليس بمتعذر.

ويرى الشافعية أنه لو أخرجها من قدم الخف إلى الساق لم يؤثر إلا إذا كان الخف طويلا خارجا عن العادة، فأخرج رجله إلى موضع لو كان الخف معتادا لظهر شيء من محل الفرض بطل مسحه بلا خلاف.

وعند الحنابلة للبعض حكم الكل فيبطل الوضوء بخروج القدم، أو بعضها إلى ساق خفه.[١]

وينظر التفصيل في مصطلح: (مسح الخف).

الخروج من المسجد بعد الأذان:

٤ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يكره الخروج من المسجد بعد الأذان بلا عذر، أو نية رجوع إلى المسجد، إلا أن يكون التأذين للفجر قبل الوقت، فلا يكره الخروج.

وذهب الحنابلة إلى أنه يحرم، قال أبو الشعثاء: كنا قعودا في المسجد مع أبي هريرة، فأذن المؤذن، فقام رجل في المسجد يمشي، فأتبعه أبو هريرة بصره حتى خرج من المسجد، فقال أبو هريرة: أما هذا فقد عصى أبا القاسم ﷺ، والموقوف في مثله كالمرفوع.[٢]

وتفصيل ذلك في كتب الفقه ور: مصطلح (مسجد).

---

(١) الاختيار ١/ ٩، ٢٢ ط دار المعرفة، والقوانين الفقهية/ ٣١ - ٣٤ ط دار الكتاب العربي، وروضة الطالبين ١/ ٧١، ٧٢ ط المكتب الإسلامي، ونيل المآرب ١/ ٦٩، ٧٥، ٧٧

(١) فتح القدير ١/ ١٠٦، ١٠٧ ط الأميرية، وحاشية الدسوقي ١/ ١٤٥، وحاشية الجمل ١/ ١٤٨، ونهاية المحتاج ١/ ٢٠٩ ط مصطفى الحلبي، وروضة الطالبين ١/ ١٣٣، ونيل المآرب ١/ ٦٧.

(٢) فتح القدير ١/ ٣٣٨، ٣٣٩ ط الأميرية، وابن عابدين ١/ ٤٧٩، ٤٨٠، ومواهب الجليل ١/ ٤٦٧، والمجموع ٢/ ١٧٩، ٣/ ١٢٨، والمغني ١/ ٤٠٨، ٤٠٩، ونيل المآرب ١/ ١١٩

وحديث أبي هريرة: «أما هذا فقد عصى أبا القاسم...». أخرجه مسلم (١/ ٤٥٣ - ٤٥٤ - ط الحلبي).

خروج الإمام للخطبة :

٥ ـ إذا خرج الإمام وقام للخطبة استقبله الناس، لأنه به جرى التوارث، ويحرم الكلام والإمام يخطب عند جمهور الفقهاء.

وأما الكلام بمجرد خروجه وقبل أن يبدأ بالخطبة، فإنه لا بأس به عند جمهور الفقهاء، وبه قال عطاء وطاوس والزهري، والنخعي، وروي ذلك عن ابن عمر، لأن المنع للإخلال بغرض الاستماع، ولا استماع هنا، وكرهه الحكم، وقال ابن عبد البر: إن عمر وابن عباس كانا يكرهان الكلام، والصلاة بعد خروج الإمام، ويحرم الكلام عند أبي حنيفة بمجرد خروج الإمام.

وأما ترك الصلاة فذهب الحنفية، والمالكية إلى أنه لا تطوع بعد خروج الإمام للخطبة، وبه قال شريح، وابن سيرين، والنخعي، وقتادة، والثوري، لأن النبي ﷺ، قال للذي يتخطى رقاب الناس: «اجلس، فقد آذيت وآنيت». [1] ولأن الصلاة تشغله عن استماع الخطبة فكره، كصلاة الداخل.

ويرى الشافعية والحنابلة أنه ينقطع التطوع بجلوس الإمام على المنبر، فلا يصلي أحد غير الداخل، فمن دخل أثناء الخطبة استحب له أن يصلي التحية ويخففها، إلا إذا كان الإمام في آخرها، فلا يصلي لئلا يفوته أول الجمعة مع الإمام. [1]

خروج المعتكف من المسجد:

٦ ـ لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يجوز للمعتكف الخروج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو الجمعة، والدليل على جواز ذلك حديث عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: «كان النبي ﷺ لا يخرج من معتكفه إلا لحاجة الإنسان». [2] وقالت رضي الله عنها: «السنة للمعتكف ألا يخرج إلا لما لابد منه». [3]

إلا أن الشافعية قالوا: يجب الخروج للجمعة

---

(١) حديث: «اجلس فقد آذيت وآنيت».. أخرجه النسائي (٣/ ١٠٣ ـ ط المكتبة التجارية) من حديث عبدالله بن بسر، وابن ماجه (١/ ٣٥٤ ـ ط الحلبي) من حديث جابر بن عبدالله، وقواه ابن حجر في الفتح (٢/ ٣٩٢ ـ ط السلفية).

(١) فتح القدير ١/ ٤٢٠، ٤٢١ ط الأميرية، والاختيار ١/ ٨٤، والقوانين الفقهية/ ٨٠، وجواهر الإكليل ١/ ٩٥ ط مكة المكرمة، وروضة الطالبين ٢/ ٣٠، وكشاف القناع ٢/ ٤٧، ونيل المآرب ١/ ٢٠٠، والمغني ٢/ ٣١٩ وما بعدها ٢/ ٣٢٤.

(٢) حديث عائشة: «كان لا يخرج من معتكفه إلا لحاجة الإنسان». أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٢٧٣ ـ ط الحلبي) ومسلم (١/ ٢٤٤ ـ ط الحلبي).

(٣) حديث عائشة: «السنة على المعتكف أن لا يعود مريضا، ولا يشهد جنازة، ولا يمس امرأة ولا يباشرها ولا يخرج إلا لما لابد منه».

أخرجه أبوداود (٢/ ٨٣٦ ـ ٨٣٧ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) وإسناده صحيح.

ولكنه يبطل به الاعتكاف، لإمكان الاعتكاف في الجامع،[1] وتفصيل ذلك في مصطلح (اعتكاف)

الخروج للاستسقاء :

٧ ـ اتفق الفقهاء على أنه يخرج الشباب والشيوخ والضعفاء، والعجزة، وغير ذات الهيئة من النساء، ويستحب أن يخرجوا مشاة بتواضع وخشوع في ثياب خلقان، وأن يقدموا الصدقة كل يوم، وأن يكون ذلك بعد التوبة إلى الله تعالى.[2]

واختلفوا في خروج الكفار وأهل الذمة على أقوال ينظر تفصيلها في مصطلح (استسقاء).

خروج المرأة من المنزل :

٨ ـ الأصل أن النساء مأمورات بلزوم البيت منهيات عن الخروج.[3]

ذكر الكاساني عند الكلام عن أحكام النكاح الصحيح : أن منها : ملك الاحتباس وهو صيرورتها (الزوجة) ممنوعة من الخروج والبروز لقوله تعالى : ﴿أسكنوهن﴾،[1] والأمر بالإسكان نهي عن الخروج، والبروز، والإخراج، إذ الأمر بالفعل نهي عن ضده، وقوله عز وجل : ﴿وقرن في بيوتكن﴾[2] وقوله عز وجل : ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن﴾[3] ولأنها لو لم تكن ممنوعة عن الخروج والبروز لاختل السكن والنسب، لأن ذلك مما يريب الزوج ويحمله على نفي النسب.[4]

قال القرطبي عند تفسير قوله تعالى : ﴿وقرن في بيوتكن ولا تبرجن تبرج الجاهلية الأولى﴾ معنى هذه الآية الأمر بلزوم البيت، وإن كان الخطاب لنساء النبي ﷺ فقد دخل فيه غيرهن بالمعنى. هذا لو لم يرد دليل يخص جميع النساء، فكيف والشريعة طافحة بلزوم النساء بيوتهن والانكفاف عن الخروج منها إلا لضرورة.[5]

فقد أخرج البزار من حديث أبي الأحوص

---

(١) فتح القدير ٢/ ٣٠٩ ط دار إحياء التراث العربي، وجواهر الإكليل ١/ ١٥٦، ١٥٩، والقوانين الفقهية/ ١٢٣، وروضة الطالبين ٢/ ٤٠٤، ٤٠٩، وكشاف القناع ٢/ ٣٥٦ وما بعدها، والمغني ٣/ ١٩١

(٢) الاختيار ١/ ٧٢، وفتح القدير ١/ ٤٣٧ ط الأميرية، والخرشي ٢/ ١٠٩، والقوانين الفقهية ٨٤، ٨٥، والمجموع ٥/ ٦٥، ٦٦، ٧٠، ٧١، وروضة الطالبين ٢/ ٩٠، ٩١، ونيل المآرب ١/ ٢١١

(٣) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٤٤٣ ط البهية.

---

(١) سورة الطلاق/ ٦

(٢) سورة الأحزاب/ ٣٣

(٣) سورة الطلاق/ ١

(٤) بدائع الصنائع ٢/ ٣٣١

(٥) تفسير القرطبي ١٤/ ١٧٩

عن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «المرأة عورة فإذا خرجت استشرفها الشيطان، وأقرب ما تكون بروحة ربها وهي في قعر بيتها». (١)

كما أخرج من حديث أنس رضي الله عنه أنه قال: «جئن النساء إلى رسول الله ﷺ فقلن: يارسول الله: ذهب الرجال بالفضل والجهاد في سبيل الله تعالى فما لنا عمل ندرك به عمل المجاهدين في سبيل الله؟ فقال رسول الله ﷺ: «من قعدت - أو كلمة نحوها - منكن في بيتها، فإنها تدرك عمل المجاهدين في سبيل الله». (٢)

وعند الحاجة كزيارة الآباء، والأمهات، وذوي المحارم، وشهود موت من ذكر، وحضور عرسه وقضاء حاجة لا غناء للمرأة عنها ولا تجد من يقوم بها يجوز لها الخروج. (٣) إلا أن الفقهاء يقيدون جواز خروج المرأة في هذه الحالات بقيود أهمها:

(١) حديث: «المرأة عورة، فإذا خرجت استشرفها الشيطان».
أخرجه الترمذي (٣/ ٤٦٧ - ط الحلبي) وقال: «حديث حسن غريب».

(٢) حديث أنس: «جئن النساء إلى رسول الله ﷺ . . . » أخرجه البزار (كشف الأستار ٢/ ١٨٢ - الرسالة) وأورده الهيثمي في المجمع (٤/ ٣٠٤ - ط القدسي) وقال: «فيه روح بن المسيب، وثقه ابن معين والبزار، وضعفه ابن حبان وابن عدي».
وانظر تفسير ابن كثير ٣/ ٤٨٢ ط الحلبي.

(٣) الفواكه الدواني ٢/ ٤٠٩، وحاشية العدوي على شرح الرسالة ٢/ ٤٢١، وعمدة القاري ٢٠/ ٢١٨ ط المنيرية.

١ - أن تكون المرأة غير مخشية الفتنة، أما التي يخشى الافتتان بها فلا تخرج أصلا. (١)

٢ - أن تكون الطريق مأمونة من توقع المفسدة وإلا حرم خروجها. (٢)

٣ - أن يكون خروجها في زمن أمن الرجال(٣) ولا يفضي إلى اختلاطها بهم، لأن تمكين النساء من اختلاطهن بالرجال أصل كل بلية وشر، وهو من أعظم أسباب نزول العقوبات العامة، كما أنه من أسباب فساد أمور العامة والخاصة، واختلاط الرجال بالنساء سبب لكثرة الفواحش والزنى، وهو من أسباب الموت العام، فيجب على ولي الأمر أن يمنع من اختلاط الرجال بالنساء في الأسواق، والفرج، ومجامع الرجال، وإقرار النساء على ذلك إعانة لهن على الإثم والمعصية، وقد منع أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه النساء من المشي في طريق الرجال والاختلاط بهم في الطريق. (٤)

٤ - أن يكون خروجها على تبذل وتستر تام. (٥)

(١) الفواكه الدواني ٢/ ٤٠٩، وجواهر الإكليل ١/ ٨١

(٢) جواهر الإكليل ١/ ٨١

(٣) الفواكه الدواني ١/ ٤٠٩، جواهر الإكليل ١/ ٨١

(٤) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ص٢٨٠ - ٢٨١ ط مطبعة السنة المحمدية.

(٥) تفسير القرطبي ١٤/ ١٨٠، وانظر الزواجر ٢/ ٤٠، وابن عابدين ٢/ ٦٦٥

قال العيني: يجوز الخروج لما تحتاج إليه المرأة من أمورها الجائزة بشرط أن تكون بذة الهيئة، خشنة الملبس، تفلة الريح، مستورة الأعضاء غير متبرجة بزينة ولا رافعة صوتها.(١)

قال ابن قيم الجوزية: يجب على ولي الأمر منع النساء من الخروج متزينات متجملات، ومنعهن من الثياب التي يكن بها كاسيات عاريات، كالثياب الواسعة والرقاق، وإن رأى ولي الأمر أن يفسد على المرأة - إذا تجملت وخرجت - ثيابها بحبر ونحوه، فقد رخص في ذلك بعض الفقهاء وأصاب. وهذا من أدنى عقوبتهن المالية.(٢) فقد أخبر النبي ﷺ «أن المرأة إذا تطيبت وخرجت من بيتها فهي زانية».(٣)

٥ - أن يكون الخروج بإذن الزوج، فلا يجوز لها الخروج إلا بإذنه.(٤)

قال ابن حجر الهيتمي: وإذا اضطرت امرأة للخروج لزيارة والد خرجت بإذن زوجها غير متبرجة.(٥)

(١) عمدة القاري ١٩/ ١٢٥، وانظر ما قاله الحطاب نقلا عن ابن القطان في هذا الصدد (مواهب الجليل ٣/ ٤٠٥)

(٢) الطرق الحكمية ص٢٨٠ - ٢٨١

(٣) حديث: «أن المرأة إذا تطيبت وخرجت من بيتها فهي زانية». أخرجه الترمذي (٥/ ١٠٦ - ط الحلبي) من حديث أبي موسى، وقال: «حديث حسن صحيح».

(٤) المغني ٧/ ٢٠

(٥) الزواجر ٢/ ٤٠

ونقل ابن حجر العسقلاني عن النووي عند التعليق على حديث: «إذا استأذنكم نساؤكم بالليل إلى المسجد فاذنوا لهن»(١) أنه قال: استدل به على أن المرأة لا تخرج من بيت زوجها إلا بإذنه لتوجه الأمر إلى الأزواج بالإذن.(٢)

وللزوج منع زوجته من الخروج من منزله إلى ما لها منه بد، سواء أرادت زيارة والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما. قال أحمد في امرأة لها زوج وأم مريضة: طاعة زوجها أوجب عليها من أمها إلا أن يأذن لها، وقد روى ابن بطة في أحكام النساء عن أنس أن رجلا سافر ومنع زوجته من الخروج فمرض أبوها، فاستأذنت رسول الله ﷺ في عيادة أبيها فقال لها رسول الله ﷺ «اتقي الله ولا تخالفي زوجك فأوحى الله إلى النبي ﷺ: إني قد غفرت لها بطاعة زوجها»(٣) ولأن طاعة الزوج واجبة، والعيادة غير واجبة فلا يجوز ترك الواجب لما ليس بواجب. ولا ينبغي للزوج منع زوجته من عيادة والديها، وزيارتهما لأن في منعها من ذلك قطيعة

(١) حديث: «إذا استأذنكم نساؤكم بالليل إلى المسجد فاذنوا لهن». أخرجه البخاري (٢/ ٣٤٧ - ط السلفية) من حديث عبدالله بن عمر.

(٢) فتح الباري ٢/ ٣٤٧ - ٣٤٨

(٣) حديث: «اتقي الله ولا تخالفي زوجك». أورده ابن قدامة في المغني (٧/ ٢٠ - ط الرياض) وعزاه إلى ابن بطة في أحكام النساء.

لهما، وحملا لزوجته على مخالفته، وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف، وليس هذا من المعاشرة بالمعروف. (١)

وينبغي التنويه إلى أن المفتى به عند الحنفية أنها تخرج للوالدين في كل جمعة بإذن الزوج وبدونه، وللمحارم في كل سنة مرة بإذنه وبدونه. (٢) وفي مجمع النوازل، فإن كانت الزوجة قابلة، أو غسالة، أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليه حق، تخرج بالإذن وبغير الإذن، والحج على هذا. (٣)

وقال ابن عابدين بعد أن نقل ما في النوازل: وفي البحر عن الخانية تقييد خروجها بإذن الزوج. (٤)

هذا ويجوز للزوجة الخروج بغير إذن الزوج لما لا غناء لها عنه، كإتيان بنحو مأكل (٥) والذهاب إلى القاضي لطلب الحق، واكتساب النفقة إذا أعسر بها الزوج، والاستفتاء إذا لم يكن زوجها فقيها. (٦) وكذلك لها أن تخرج إذا كان المنزل الذي تسكنه مشرفا على انهدام. (٧)

(١) المغني ٢٠٧، والمهذب ٢/ ٦٧، وانظر الفواكه الدواني ٢/ ٤٠٩، وابن عابدين ٢/ ٦٦٤

(٢) ابن عابدين ٢/ ٦٦٤، والفتاوى الهندية ١/ ٥٥٧

(٣) الفتاوى اهندية ١/ ٥٥٧

(٤) ابن عابدين ٢/ ٦٦٥

(٥) مطالب أولي النهى ٥/ ٢٧١

(٦) الإقناع للشربيني الخطيب ٢/ ٩٥، ابن عابدين ٢/ ٦٦٥

(٧) روضة الطالبين ٩/ ٦٠، ونهاية المحتاج ٧/ ١٩٥

وأخذ الرافعي وغيره من كلام إمام الحرمين أن للزوجة اعتماد العرف الدال على رضا أمثال الزوج بمثل الخروج الذي تريده، نعم لو علم مخالفته لأمثاله في ذلك فلا تخرج. (١)

خروج النساء إلى المسجد:

٩ - ذهب الشافعية وصاحبا أبي حنيفة إلى أن المرأة إذا أرادت حضور المسجد للصلاة، إن كانت شابة أو كبيرة تشتهى كره لها، وكره لزوجها ووليها تمكينها منه، وإن كانت عجوزا لا تشتهى فلها الخروج بإذن الزوج إلى الجماعات في جميع الصلوات دون كراهة. (٢)

ومثله مذهب أبي حنيفة بالنسبة للشابة، أما العجوز فإنها تخرج عنده في العيدين والعشاء والفجر فقط، ولا تخرج في الجمعة والظهر والعصر والمغرب. (٣)

وكره متأخرو الحنفية خروجها مطلقا لفساد الزمن. (٤)

أما المالكية فالنساء عندهم على أربعة

(١) نهاية المحتاج ٧/ ١٩٥

(٢) المجموع ٤/ ١٩٨، والفتاوى البزازية بهامش الهندية ١/ ١٨٣، وابن عابدين ١/ ٣٨٠

(٣) الفتاوى البزازية بهامش الهندية ١/ ١٨٣، وابن عابدين ١/ ٣٨٠، هذا بحسب زمنهم في أنه لا يخرج في هذا الوقت إلا المصلون، فيراعى تغير العرف.

(٤) الدر المختار ١/ ٣٨٠

أقسـام: عجـوز انقطعت حاجـة الرجال عنها، فهـذه تخرج للمسجـد، وللفـرض، ولمجـالس العلم والـذكـر، وتخـرج للصحـراء في العيـد والاستسقـاء، ولجنـازة أهلهـا وأقاربها، ولقضاء حوائجهـا، ومتجـالـة (مسنـة) لم تنقطـع حاجة الـرجـال منهـا بالجملة، فهـذه تخرج للمسجـد للفـرائض، ومجـالس العلم والـذكـر، ولا تكثر الـتردد في قضـاء حوائجهـا أي يكـره لها ذلك،

وشـابـة غير فارهـة في الشبـاب والنجابة، تخرج للمسجـد لصـلاة الفـرض جماعـة، وفي جنـائز أهلهـا وأقـاربهـا، ولا تخرج لعيـد ولا استسقـاء ولا لمجـالس ذكـر أوعلم. وشـابـة فارهـة في الشباب والنجابة، فهذه الاختيار لها أن لا تخرج أصلا.[1]

وذهب الحنـابلة إلى أنـه يباح للنساء حضور الجـماعـة مع الـرجـال[2] لأنهن كن يصلين مع رسـول الله ﷺ، قالت عائشـة رضي الله عنهـا: كان النساء يصلين مع رسول الله ﷺ ثم ينصرفن متلفعـات بمروطهن ما يعـرفن من الغلس.[3] وقـال النبي ﷺ: «لا تمنعوا إماء الله مساجد الله وليخرجن تفلات» يعني غير متطيبات.[1]

وتجـدر الإشـارة إلى أن جواز خروج النسـاء إلى المسجد - عند من يجيزه - مقيد بالقيود السـابقـة.[2] ولا يقضى على زوج الشابة ومن في حكمهـا بالخـروج لنحـو صلاة الفـرض ولـو شرط لها في صلب عقدها.[3]

قال النووي: يستحب للزوج أن يأذن لها إذا استأذنتـه إلى المسجـد للصلاة إذا كانت عجوزا لا تشتهى، وأمن المفسـدة عليها وعلى غيرها، فإن منعهـا لم يحرم عليـه، هذا مذهبنـا. قال البيهقي: وبه قال عامة العلماء.[4]

خروج المرأة في السفر بغير محرم:

١٠ - قال النـووي نقـلا عن القـاضي: اتفق العلماء على أنـه ليس للمـرأة أن تخرج في غير الحج والعمرة إلا مع ذي محرم إلا الهجرة من دار الحـرب، فاتفقـوا على أن عليهـا أن تهاجـر منها إلى دار الإسلام وإن لم يكن معها محرم.[5]

وللتفصيـل في أحكـام خروج المرأة للحج

---

(١) الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ١/ ٤٤٦ - ٤٤٧

(٢) المغني ٢/ ٢٠٢ - ٢٠٣، ٣٧٥

(٣) حديث عائشـة: «كـان النساء يصلين مع رسول الله ﷺ». أخـرجـه البخـاري (الفتـح ٢/ ٥٤ - ط السلفيـة) ومسلم (١/ ٤٤٦ - ط الحلبي).

(١) حديث: «لا تمنعـوا إمـاء الله مساجد الله». أخرجه أبو داود (١/ ٣٨١ - تحقيـق عزت عبيـد دعـاس) من حديث أبي هريرة، وإسناده حسن.

(٢) المغني ٢/ ٣٧٦، والفواكه الدواني ٢/ ٤٠٩، والمجموع ٤/ ١٩٩

(٣) الفواكه الدواني ٢/ ٤٠٩

(٤) المجموع ٤/ ١٩٩

(٥) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ١٠٤

والعمرة وسفر الزيارات والتجارة ونحو ذلك في الأسفار ينظر مصطلحات: (حج، سفر، عمرة، هجرة).

الخروج من المسجد:

١١ - صرح الفقهاء بأنه يستحب عند الخروج من المسجد أن يقدم رجله اليسرى، ويستحب أن يقال عند الخروج: «اللهم إني أسألك من فضلك» أو يقول: «رب اغفر لي، وافتح لي أبواب فضلك»، وذلك بعد الصلاة على النبي ﷺ.(١)

الخروج من البيت:

١٢ - يستحب في الخروج من البيت أن يقول ما كان يقوله النبي ﷺ حين خروجه من بيته(٢) وذلك فيما روته أم سلمة رضي الله عنها: «أن النبي ﷺ كان إذا خرج من بيته قال: بسم الله توكلت على الله، اللهم إني أعوذ بك من أن أضل أو أضل، أو أزل أو أزل، أو أظلم أو أظلم، أو أجهل أو يجهل عليّ».(٣)

(١) القوانين الفقهية / ٥٥، والمغني ١/ ٤٥٥

(٢) الأذكار للنووي/ ٢٤

(٣) حديث أم سلمة: «أن النبي ﷺ كان إذا خرج من بيته». أخرجه أبو داود (٥/ ٣٢٧ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والترمذي (٥/ ٤٩٠ - ط الحلبي) وفي إسناده انقطاع كما في الفتوحات الربانية لابن علان (١/ ٣٣١ ط المنيرية).

وعن أنس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من قال - يعني إذا خرج من بيته - بسم الله توكلت على الله، ولا حول ولا قوة إلا بالله يقال له: كفيت ووقيت وهديت وتنحى عنه الشيطان».(١)

الخروج من الخلاء:

١٣ - يستحب عند الخروج من الخلاء أن يقدم رجله اليمنى ويقول: غفرانك، أو: الحمد لله الذي أذهب عني الأذى وعافاني.(٢) لما روى أنس رضي الله تعالى عنه: أن النبي ﷺ كان إذا خرج من الخلاء قال: «الحمد لله الذي أذهب عني الأذى وعافاني».(٣)

وتفصيل ذلك في مصطلح: (قضاء الحاجة).

خروج المعتدة من البيت:

١٤ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يجب على

(١) حديث: «من قال: « - يعني إذا خرج من بيته - بسم الله». أخرجه الترمذي (٥/ ٤٩٠ - ط الحلبي) وابن حبان (الموارد ١/ ٥٩٠ - ط السلفية) وقال الترمذي: «حسن صحيح».

(٢) ابن عابدين ١/ ٢٣٠، ٢٣١، وجواهر الإكليل ١/ ١٧، والقليوبي ١/ ٤٠، ٤١، والمجموع ٢/ ١٧٩، ونيل المآرب ١/ ٥٢.

(٣) حديث: «كان إذا خرج من الخلاء قال: الحمد لله الذي أذهب عني الأذى وعافاني». أخرجه ابن ماجه (١/ ١١٠ - ط الحلبي)، وقال البوصيري في «مصباح الزجاجة» (١/ ٩٢ - ط دار الجنان): «هذا حديث ضعيف، لا يصح بهذا اللفظ عن النبي ﷺ».

المعتدة ملازمة السكن، فلا تخرج إلا لحاجة أو عذر، فإن خرجت أثمت، وللزوج منعها، وكذا لوارثه عند موته.

وتعذر في الخروج في مواضع تنظر في مصطلح: (عدة).

من لا يجوز خروجه مع الجيش في الجهاد:

١٥ - لا يستصحب أمير الجيش معه مخذلا، ولا مرجفا، ولا جاسوسا، ولا من يوقع العداوة بين المسلمين، ويسعى بالفساد، لقوله تعالى: ﴿ولكن كره الله انبعاثهم فثبطهم وقيل اقعدوا مع القاعدين، لو خرجوا فيكم مازادوكم إلا خبالا ولأوضعوا خلالكم يبغونكم الفتنة...﴾ (١)

وإن خرج هؤلاء فلا يسهم لهم ولا يرضخ، وإن أظهروا عون المسلمين. (٢)

والتفصيل في (جهاد، وغنيمة).

الخروج على الإمام:

١٦ - أجمع العلماء على أن الإمام إذا كان عدلا تجب طاعته، ويحرم الخروج عليه، لقوله تعالى: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ (٣) وأما الخروج على الإمام الجائر

(١) سورة التوبة/ ٤٦، ٤٧

(٢) القليوبي ٤/ ٢١٧، والمغني ٨/ ٣٥١

(٣) سورة النساء/ ٥٩

فقد اختلف الفقهاء فيه على أقوال ينظر تفصيلها في مصطلحي: (الإمامة الكبرى، وبغاة). (١)

خروج المحبوس:

١٧ - صرح جمهور الفقهاء بأن المحبوس لأجل قضاء الدين يمنع عن الخروج إلى أشغاله ومهماته، وإلى الجمع والأعياد، وتشييع الجنازة، وعيادة المرضى والزيارة، والضيافة، وأمثال ذلك. لأن الحبس للتوصل إلى قضاء الدين، فإذا منع عن ذلك سارع إلى قضاء الدين. (٢)

(ر: حبس).



(١) ابن عابدين ١/ ٣٦٨، وحاشية الدسوقي ٤/ ٢٩٩، ومواهب الجليل ٦/ ٢٧٧، والجمل ٥/ ١١٤، وروضة الطالبين ١٠/ ٥٠، والأحكام السلطانية للماوردي ص ١٧، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ١٤

(٢) البدائع ٧/ ١٧٤، جواهر الإكليل ٢/ ٩٣، ٩٤، القليوبي ٢/ ٢٩٢، والمغني ٨/ ٣١٥

خـــز

التعريف :

١ ـ الخز من الثياب ما ينسج من صوف وإبريسم (حرير) أو إبريسم وحده[١]

وهو في الأصل من الخزز وهو ولد الأرنب أو الأرنب الذكر، لنعومة وبره.

وأطلقه الفقهاء على ما سداه حرير ولحمته من غيره أو عكسه.[٢]

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ القز :

٢ ـ القز معرب، وهو ما يعمل منه الإبريسم (الحرير) ولهذا قالوا : القز والإبريسم مثل الحنطة والدقيق.[٣] فالفرق بينه وبين الخز، هو أن القز أصل الحرير، والخز يكون مركبا من الحرير وغيره، كالصوف، والقطن ونحوهما.

(١) المصباح المنير ومتن اللغة.

(٢) ابن عابدين ٥/ ٢٢٧، والفتاوى الهندية ٥/ ٣٣١، وحاشية الدسوقي ١/ ٢٢٠، والزرقاني ١/ ١٨٢، وفتح الباري ١٠/ ٢٧١

(٣) المصباح، وحاشية القليوبي ١/ ٣٠٣، والفتاوى الهندية ٥/ ٣٣١

ب ـ الديباج :

٣ ـ الديباج هو ما سداه إبريسم ولحمته إبريسم، فيحرم لبسه للرجال من غير ضرورة اتفاقا. ولا بأس باستعماله بسائر الوجوه غير اللبس عند بعض الفقهاء كالحنفية، وفيه عند غيرهم تفصيل[١] وينظر أحكامه في مصطلح : (حرير، ألبسة).

الأحكام التي تتعلق بالخز:

٤ ـ الخز إذا كان سداه ولحمته كلاهما من الحرير فلا يجوز لبسه للرجال في غير حالة الحرب بغير ضرورة اتفاقا، ويجوز للنساء مطلقا، لما روى حذيفة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : «لا تلبسوا الحرير ولا الديباج»[٢] وقوله عليه الصلاة والسلام : «أحل الذهب والحرير لإناث أمتي وحرم على ذكورها»[٣] (ر: حرير).

أما إذا كان منسوجا من الحرير وغيره، كما إذا كان سداه من إبريسم ولحمته من الصوف أو

(١) ابن عابدين ٢/ ٢٢٥، وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ١/ ٢٢٠، والقليوبي ١/ ٣٠٣

(٢) حديث : «لا تلبسوا الحرير ولا الديباج». أخرجه البخاري (الفتح ٩/ ٥٥٤ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١٦٣٧ ـ ط الحلبي) من حديث حذيفة بن اليمان.

(٣) حديث : «أحل الذهب والحرير لإناث أمتي وحرم على ذكورها». أخرجه النسائي (٨/ ١٦١ ـ ط المكتبة التجارية) من حديث أبي موسى الأشعري، وحسنه ابن المديني كما في التلخيص لابن حجر (١/ ٥٣ ـ ط شركة الطباعة الفنية).

القطن فجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، وهو قول عند المالكية على جواز لبسه للرجال. قال الشافعية: ولو كانت نفيسة وغالية.[١] وقال أحمد: أما الخز فقد لبسه أصحاب رسول الله ﷺ.[٢] وروي عن عبدالرحمن بن عوف والحسين بن علي وعبدالله بن الحارث بن أبي ربيعة، والقاسم بن محمد أنهم لبسوا جباب الخز.[٣]

وروي عن معتمر قال سمعت أبي قال: (رأيت على أنس برنسا أصفر من خز)[٤] كما روي عن عمران بن حصين، وأبي هريرة، وابن عباس، وأبي قتادة أنهم كانوا يلبسون الخز.[٥]

وعند المالكية لبسه مكروه يؤجر على تركه ولا يأثم في فعله، لأنه من المشتبهات المتكافئة أدلة حلها وحرمتها التي قال فيها رسول الله ﷺ: «فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه»[٦]

(١) المراجع السابقة وروضة الطالبين ٢/ ٦٨، والمغني ١/ ٥٩٠ ـ ٥٩٢

(٢) مسائل الإمام أحمد ٢/ ١٤٦

(٣) المغني لابن قدامة ١/ ٥٩١

(٤) فتح الباري ١٠/ ٢٧١

(٥) المغني ١/ ٥٩١

(٦) حاشية الدسوقي ١/ ٢٢٠، والزرقاني ١/ ١٨٢

وحديث: «فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه». أخرجه مسلم (٣/ ١٢٢٠ ـ ط الحلبي) من حديث النعمان بن بشير.

٥ ـ وقد فصل الشافعية في الأصح وهو قول عند الحنفية ورواية عند الحنابلة بين القليل والكثير من الحرير في النسيج، فقالوا: المركب من الحرير وغيره، إن زاد وزن الحرير يحرم لبسه، ويحل إذا كان الأكثر غير الحرير، وكذا إن استويا، لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «إنما نهى رسول الله ﷺ عن الثوب المصمت من قز».[١] والمصمت الخالص.[٢]

والقول الثاني عند الشافعية ووجه عند الحنابلة، قال ابن عقيل هو الأشبه: التحريم إن استويا.

والصحيح عند الحنفية جواز لبسه إذا كانت لحمته غير الحرير، سواء أكان مغلوبا، أم غالبا، أم مساويا، لأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج، والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة.[٣] (ر: حرير).

مواطن البحث:

٦ ـ ذكر الفقهاء أحكام الخز في كتاب الحظر

(١) حديث: «نهى عن الثوب المصمت من قز». أخرجه أحمد (١/ ٢١٨ ـ ط الميمنية) والحاكم (٤/ ١٩٢ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) واللفظ لأحمد، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

(٢) ابن عابدين ٥/ ٢٢٧، ومغني المحتاج ١/ ٣٠٧، والمغني لابن قدامة ١/ ٥٩٠، ٥٩١

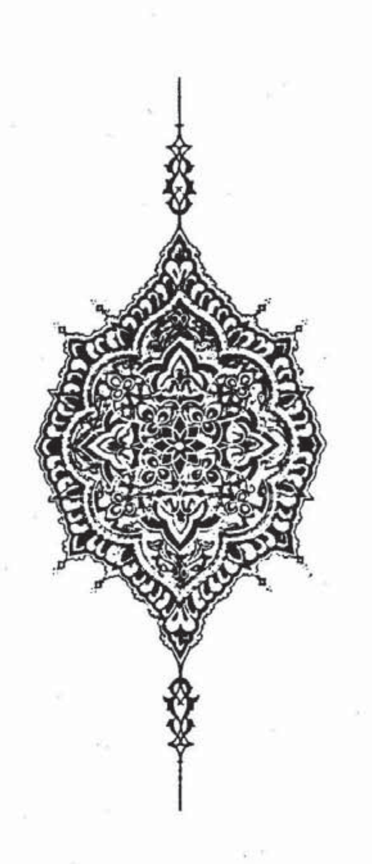
(٣) المراجع السابقة.

والإبـاحـة وبـاب اللبس، وبعضهم في بحث (العدة) وإحداد المرأة، وفي تكفين الميت وغيرها .

وينظر مصطلح : (حرير) .

خسوف

انظر : صلاة الكسوف



خشوع

التعريف :

١ - الخشوع لغة من يخشع : يخشع السكون والتذلل .

وخشـع في صلاتـه ودعائه ، أقبل بقلبه على ذلـك ، وهـو مأخـوذ من خشـعت الأرض إذا سكنت واطمأنت .

وخشـع بصـره انكسـر ومنـه قولـه تعـالى : ﴿خاشعة أبصارهم﴾ . (١)

قال الـراغـب الأصـفـهـاني : الخشـوع الضـراعة ، وأكثر ما يستعمل الخشوع فيما يوجد على الجـوارح ، والضـراعة أكثر ما تستعمل فيما يوجـد في القلب ، ولـذلـك قيـل فيما روي : إذا ضرع القلب خشعت الجوارح . وقال القرطبي : الخشـوع هيئـة في النفس يظهـر منها في الجوارح سكون وتواضع .

والتخشـع تكلف الخشـوع ، والتخشـع لله ، الإخبـات والتـذلل له ، وقال قتادة : الخشوع في القلب هو الخوف وغض البصر في الصلاة .

---

(١) سورة المعارج/ ٤٤

والمعنى الشرعي لا يختلف عن المعنى اللغوي . (١)

الألفاظ ذات الصلة :

أ - الخضوع :

٢ - الخضوع لغة : التواضع ، وخضع يخضع خضوعا ، واختضع ذل واستكان ، وأخضعه الفقر أذله .

والخضوع : الانقياد والمطاوعة ، وفي الحديث أنه ﷺ : «نهى أن يخضع الرجل لغير امرأته» . (٢) أي يلين لها في القول بما يطمعها منه . وخضع الإنسان خضعا ، أمال رأسه إلى الأرض ، أودنا منها ، وفي التنزيل : ﴿فظلت أعناقهم لها خاضعين﴾ . (٣)

والخضوع قريب من الخشوع إلا أن الخضوع يكون في البدن ، والخشوع في البدن والصوت والبصر .

وأكثر ما يستعمل الخشوع في الصوت والخضوع في الأعناق .

وذكر أبو هلال العسكري أن الخضوع قد يكون بتكلف ، أما الخشوع فلا يكون تكلفا ، وإنما بخوف المخشوع له . (٤)

---

(١) لسان العرب والقاموس والمصباح المنير مادة : «خشع» وتفسير القرطبي ١/ ٣٧٤

(٢) حديث : « نهى أن يخضع الرجل لغير امرأته» . أورده ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث (٢/ ٤٣ - ط الحلبي) .

(٣) سورة الشعراء/ ٤

(٤) لسان العرب والمصباح المنير والفروق للعسكري ص٢٤٣

ب - الإخبات :

٣ - الإخبات لغة الخضوع والخشوع : قال الله تعالى : ﴿وبشر المخبتين﴾ . (١) قال الراغب : واستعمل الإخبات استعمال اللين والتواضع وقال أبو هلال العسكري : الإخبات ملازمة الطاعة والسكون ، فهو الخضوع المستمر على استواء . (٢)

الحكم التكليفي :

٤ - اختلف الفقهاء في حكم الخشوع في الصلاة هل هو فرض من فرائض الصلاة ، أو من فضائلها ومكملاتها؟

فذهب جمهور الفقهاء إلى أنه سنة من سنن الصلاة بدليل صحة صلاة من يفكر بأمر دنيوي إذ لم يقولوا ببطلانها إذا كان ضابطا أفعالها .

وعليه فيسن للمصلي أن يخشع في كل صلاته بقلبه وبجوارحه وذلك بمراعاة مايلي :

أ - أن لا يحضر فيه غير ما هو فيه من الصلاة .

ب - وأن يخشع بجوارحه بأن لا يعبث بشيء من جسده كلحيته أو من غير جسده ، كتسوية ردائه أو عمامته ، بحيث يتصف ظاهره وباطنه بالخشوع ، ويستحضر أنه واقف بين يدي ملك الملوك الذي يعلم السر وأخفى يناجيه . وأن صلاته معروضة عليه .

---

(١) سورة الحج/ ٣٤

(٢) المصباح والقاموس ومفردات الراغب مادة : «خبت» والفروق للعسكري ص٢٤٥

ج ـ أن يتدبر القراءة لأنه بذلك يكمل مقصود الخشوع.

د ـ أن يفرغ قلبه عن الشواغل الأخرى، لأن هذا أعون على الخشوع، ولا يسترسل مع حديث النفس.

قال ابن عابدين: واعلم أن حضور القلب فراغه عن غير ما هو ملابس له.

والأصل في طلب الخشوع في الصلاة قوله تعالى: ﴿قد أفلح المؤمنون الذين هم في صلاتهم خاشعون﴾ .(١)

فسر علي رضي الله عنه الخشوع في الآية: بلين القلب وكفّ الجوارح.

وقول النبي ﷺ: «ما من مسلم يتوضأ فيحسن وضوءه ثم يقوم فيصلي ركعتين مقبل عليهما بقلبه ووجهه إلا وجبت له الجنة» .(٢)

وما روى أبو هريرة رضي الله عنه: أن النبي ﷺ رأى رجلا يعبث بلحيته في الصلاة فقال: «لو خشع قلب هذا لخشعت جوارحه» .(٣)

(١) سورة المؤمنون / ٢

(٢) حديث: «ما من مسلم يتوضأ فيحسن وضوءه...» أخرجه مسلم (١/ ٢٠٩ ـ ٢١٠ ـ ط الحلبي) من حديث عقبة بن عامر.

(٣) حديث: «لو خشع قلب هذا لخشعت جوارحه». أخرجه الحكيم الترمذي في نوادر الأصول كما في الجامع الصغير للسيوطي (بشرحه الفيض ٥/ ٣١٩ ـ ط المكتبة التجارية)، ونقل المناوي عن العراقي أن في إسناده راويا متفقا على ضعفه.

وما روى أبو ذر رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «إذا قام أحدكم إلى الصلاة فإن الرحمة تواجهه فلا يمسح الحصى» .(١)

٥ ـ وإذا ترك المصلي الخشوع في صلاته، فإن صلاته تكون صحيحة عند الجمهور، لأن النبي ﷺ: لم يأمر العابث بلحيته بإعادة الصلاة مع أن الحديث يدل على انتفاء خشوعه في صلاته، ولأن الصلاة لا تبطل بعمل القلب ولو طال، إلا أنه ارتكب مكروها ولا يستحق الثواب، لقوله ﷺ: «ليس للعبد من صلاته إلا ما عقل» .(٢)

وذهب بعض فقهاء كل من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الخشوع لازم من لوازم الصلاة، إلا أنهم اختلفوا فيه:

فقال بعضهم: إنه فرض من فرائض الصلاة ولكن لا تبطل الصلاة بتركه لأنه معفو عنه.

(١) حاشية ابن عابدين ١/ ٢٧٩، الفواكه الدواني ١/ ٢٠٨، تفسير القرطبي ١٢/ ١٠٣ مغني المحتاج ١/ ١٨١، تحفة المحتاج ٢/ ١٠١، المغني لابن قدامة ٢/ ١٠، كشاف القناع ١/ ٣٩٢، الفروع ١/ ٤٨٦

وحديث: «إذا قام أحدكم إلى الصلاة فإن الرحمة تواجهه...». أخرجه أبو داود (١/ ٥٨١ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس). وفي إسناده راو مجهول.

(٢) حديث: «ليس للعبد من صلاته إلا ما عقل». أورده الغزالي في الإحياء (١/ ١٦٦ ـ ط الحلبي)، وقال العراقي كما في حاشيته المطبوعة مع الإحياء: «لم أجده مرفوعا»، ولابن المبارك في الزهد موقوفا على عمار: «لا يكتب للرجل من صلاته ما سهى».

وقال آخرون: إنه فرض تبطل الصلاة بتركه كسائر الفروض.

وقال بعض آخر منهم: إن الخشوع شرط لصحة الصلاة لكنه في جزء منها فيشترط في هذا القول حصول الخشوع في جزء من الصلاة وإن انتفى في الباقي، وبعض أصحاب هذا القول حدد الجزء الذي يجب أن يقع فيه الخشوع من الصلاة، فقال: ينبغي أن يكون عند تكبيرة الإحرام. (١)

٦ - وذكر القرطبي أنه قد يكون الخشوع مذموما، وهو المتكلف أمام الناس بمطأطأة الرأس والتباكي كما يفعله الجهال، ليروا بعين البر والإجلال، وذلك خدع من الشيطان وتسويل من نفس الإنسان. (٢)

(١) حاشية ابن عابدين ١/ ٢٧٩، الفواكه الدواني ١/ ٢٠٨، تفسير القرطبي ١٢/ ١٠٣، مغني المحتاج ١/ ١٨١، تحفة المحتاج ٢/ ١٠٢، المغني لابن قدامة ٢/ ١٠، كشاف القناع ١/ ٣٩٢، الفروع ١/ ٤٨٦

(٢) تفسير القرطبي ١/ ٣٧٥

خصاء

التعريف:

١ - الخصاء: سلّ الخُصيين، وخصيت الفرس أُخصيه، قطعت ذكره فهو مخصي وخصي. (١) فعيل بمعنى مفعول، والجمع خصية وخصيان.

والخصية: البيضة من أعضاء التناسل، وهما خصيتان. (٢)

وفي الاصطلاح أطلق الفقهاء الخصاء على أخذ الخصيتين دون الذكر أو معه. (٣)

الألفاظ ذات الصلة:

أ - الجب:

٢ - يقال: جببته من باب قتل أي قطعته. فهو مجبوب بيِّن الجباب - بالكسر - إذا استئوصلت مذاكيره. (٤)

(١) المصباح المنير «مادة»: خصي.

(٢) المعجم الوسيط والمصباح.

(٣) البدائع للكاساني ١٠/ ٤٨٢٣، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٢٨٣، وكفاية الأخيار ٢/ ٢٣٩، ومنهاج الطالبين ٢/ ١٩٧، والمغني لابن قدامة ٧/ ٧١٤

(٤) المصباح المنير.

وعند الفقهاء : المجبوب هو الذي قطع ذكره . (١)

وذكر ابن قدامة المجبوب فقال : المتضمن معنى العنة في العجز عن الوطء .

وقال المطرزي : المجبوب : الخصي الذي استؤصل ذكره وخصياه . (٢)

ب ـ العنة :

٣ ـ العنة والتعنين : العجز عن إتيان النساء ، أو أن لا يشتهي النساء فهو عِنين ، والمرأة عنينة : أي : لا تشتهي الرجال . (٣)

وعُنِّن عن امرأته تعنينا بالبناء للمفعول : إذا حكم عليه القاضي بذلك ، أو منع عنها بالسحر .

والاسم منه : العُنّة ، وسمي عنينا : لأن ذكره يعنّ لقبل المرأة عن يمين وشمال ، أي يعترض إذا أراد إيلاجه .

وسمي عنان اللجام من ذلك ، لأنه يعن : أي يعترض الفم فلا يلجه . (٤)

(١) نهاية المحتاج ٦/ ٣٠٩ ـ ٣١٠

(٢) المغني لابن قدامة ٦/ ٦٧٤ ، والمغرب ، مادة : «جب» . وانظر حاشية الدسوقي ٢/ ٢٧٨

(٣) المصباح المنير مادة : «عنن» .

(٤) المرجع نفسه .

فالفرق بين الخصي والعنين وجود الآلة في العنين .

ويجتمع الخصي مع العنين في عدم الإنزال ، وعدم الإنزال عند الخصي لذهاب الخصية ، أما عدم الإنزال عند العنين فهو لعلة في الظهر أو غيره . (١)

ج ـ الوجاء :

٤ ـ الوِجاء اسم لوجأ ، ويطلق على رض عروق البيضتين حتى تنفضخا من غير إخراج ، فيكون شبيها بالخصاء ، لأنه يكسر الشهوة . (٢)

وقد ذكر الفقهاء هذا المعنى فقالوا :

الموجوء هو الذي رضّت بيضتاه .

وقيل في معنى الوجاء :

إن الموجوء هو منزوع الأنثيين ، وقيل : هو المشقوق عرق الأنثيين والخصيتان بحالهما . (٣)

الحكم التكليفي :

أولا : في الآدمي :

٥ ـ إن خصاء الآدمي حرام صغيرا كان أو كبيرا لورود النهي عنه على ما يأتي :

(١) المغني لابن قدامة ٦/ ٦٦٧ ، ٧/ ٧١٤ ، وتبيين الحقائق للزيلعي ٣/ ٢١ ـ ٢٢ ، ونهاية المحتاج للرملي ٦/ ٣٠٩

(٢) المصباح المنير مادة : «وجأ» .

(٣) المغني لابن قدامة ٣/ ٥٥٤ ، والمقنع ١/ ٤٧٤ ، ونيل الأوطار للشوكاني ٥/ ٢٠٩

وقال ابن حجر: هو نهي تحريم بلا خلاف في بني آدم. (١)

ومن النهي الوارد في ذلك ما روى عبدالله بن مسعود قال: كنا نغزو مع رسول الله ﷺ وليس لنا شيء، فقلنا: ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك. (٢)

وحديث سعد بن أبي وقاص: «رد رسول الله ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل، ولو أذن له لاختصينا». (٣)

وفي رواية أخرى أخرجها الطبراني من حديث عثمان بن مظعون نفسه أنه قال: «يارسول الله إني رجل تشق علي هذه العزوبة في المغازي فتأذن لي في الخصاء فأختصي؟ قال: لا، ولكن عليك بالصيام». (٤)

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ١٧٧، وفتح الباري شرح صحيح البخاري ٩/ ١١٩، والدر المختار ٥/ ٢٤٩، والزرقاني ٣/ ٢٣٧

(٢) حديث عبدالله بن مسعود قال: «كنا نغزو مع رسول الله ﷺ». أخرجه البخاري (الفتح ٩/ ١١٧ ـ ط السلفية).

(٣) حديث سعد بن أبي وقاص: «رد رسول الله ﷺ على عثمان بن مظعون التبتل». أخرجه البخاري (الفتح ٩/ ١١٧ ـ ط السلفية).

(٤) حديث عثمان بن مظعون: «يارسول الله إني رجل تشق علي هذه العزوبة». أخرجه الطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/ ٢٥٣ ـ ط القدسي)، وقال الهيثمي: «فيه عبد الملك بن قدامة الجمحي، وثقه ابن معين وغيره، وضعفه جماعة، وبقية رجاله ثقات».

وفي رواية أن عثمان رضي الله عنه قال: يارسول الله ائذن لي في الاختصاء فقال: «إن الله قد أبدلنا بالرهبانية الحنيفية السمحة». (١)

ويروى موقوفا على عمر بن الخطاب: (لا كنيسة في الإسلام ولا خصاء)(٢) قال ابن حجر تعقيبا على هذه الأحاديث:

والحكمة في منع الخصاء أنه خلاف ما أراده الشارع من تكثير النسل ليستمر جهاد الكفار، وإلا لو أذن في ذلك لأوشك تواردهم عليه فينقطع النسل فيقل المسلمون بانقطاعه ويكثر الكفار، فهو خلاف المقصود من بعثة النبي ﷺ.

كما أن فيه من المفاسد، تعذيب النفس والتشويه مع إدخال الضرر الذي قد يفضي إلى الهلاك.

وفيه إبطال معنى الرجولية التي أوجدها الله فيه، وتغيير خلق الله، وكفر النعمة، وفيه تشبه بالمرأة واختيار النقص على الكمال. (٣)

(١) حديث: «إن الله قد أبدلنا بالرهبانية الحنيفية السمحة». أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٦/ ٧٥ ـ ٧٦ ـ ط وزارة الأوقاف العراقية)، وأورده الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٥٢ ط القدسي) وقال: «فيه إبراهيم بن زكريا، وهو ضعيف».

(٢) رواه الإمام أحمد، وانظر أحكام أهل الذمة (٢/ ٦٧٣).

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ٩/ ١٧٧، وفتح الباري شرح صحيح البخاري ٩/ ١١٩.

ثانيا : في غير الآدمي :

٦ ـ قرر الحنفية أنه لا بأس بخصاء البهائم، لأن فيه منفعة للبهيمة والناس.

وعند المالكية : يجوز خصاء المأكول من غير كراهة، لما فيه من صلاح اللحم.

والشافعية فرقوا بين المأكول وغيره، فقالوا : يجوز خصاء ما يؤكل لحمه في الصغر، ويحرم في غيره. وشرطوا أن لا يحصل في الخصاء هلاك.

أما الحنابلة فيباح عندهم خصي الغنم لما فيه من إصلاح لحمها، وقيل : يكره كالخيل وغيرها والشدخ أهون من الجب. وقد قال الإمام أحمد : لا يعجبني للرجل أن يخصي شيئا، وإنما كره ذلك للنهي الوارد عن إيلام الحيوان. واستدلوا بما روي عن ابن عباس قال : «نهى رسول الله ﷺ عن إخصاء البهائم نهيا شديدا». [١]

الأحكام المترتبة على الخصاء :

أ ـ في العيوب التي يفسخ بها النكاح :

٧ ـ ذهب الحنفية إلى أن الخصي يأخذ حكم العنين فيؤجل سنة، ولا فرق عندهم بين سل الخصيتين أو قطعهما، وبين ما لو كان ذكره لا ينتشر، لأن آلته لو كانت تنتشر فلا خيار للزوجة.

وحكم ذلك التأجيل كالعنين لدخوله تحت اسم العنين، وعندهم أنها إن كانت عالمة بحاله لا خيار لها، وإن لم تكن عالمة فلها المطالبة بالفرقة. [١]

وقال السرخسي : الخصي بمنزلة العنين، لأن الوصول في حقه موجود لبقاء الآلة. ولو تزوجت وهي تعلم بحاله فلا خيار لها فيه، لأنها صارت راضية به حين أقدمت على العقد مع علمها بحاله، ولو رضيت به بعد العقد بأن قالت : رضيت، سقط خيارها، فكذلك إذا كانت عالمة به، ولا فرق في قولها رضيت بالمقام معه بين أن يكون عند السلطان أو غيره، لأنه إسقاط لحقها. [٢]

وعند المالكية : لها الخيار إذا كان لا يمني، أما إن أمنى فلا رد به، لأن الخيار إنما هو لعدم تمام اللذة، وهي موجودة مع الإنزال. [٣]

وللشافعية إذا وجدت المرأة زوجها خصيا قولان :

---

(١) حديث : «نهى عن إخصاء البهائم نهيا شديدا». أخرجه البزار (٢/ ٢٧٤ ـ كشف الأستار ـ ط الرسالة) من حديث عبدالله بن عباس، وقال الهيثمي : «رجاله رجال الصحيح» مجمع الزوائد (٥/ ٢٦٥ ـ ط القدسي).

وانظر الهداية مع فتح القدير ٨/ ١٣١، والزرقاني ٢/ ٢٣٧، وحاشية عميرة على المحلي ٣/ ٢٠٤، المغني ٨/ ٦٢٥، والآداب الشرعية ٣/ ١٤٤.

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٤/ ١٢٤، وفتح القدير لابن الهمام ٥/ ١٣٢، وانظر نيل الأوطار للشوكاني ٦/ ٢٩٨ ـ ٢٩٩

(٢) المبسوط للسرخسي ٣/ ١٠٤

(٣) الزرقاني ٣/ ٢٣٦، ٢٣٧

أحدهما: لها الخيار في فسخ النكاح، لأن النفس تعافه.

والثاني: أنه لا خيار لها لأنها، تقدر على الاستمتاع به.[١]

وقال الحنابلة: الخصي إن وصل إليها فلا خيار لها، لأن الوطء ممكن، والاستمتاع حاصل بوطئه.[٢]

ب ـ حكم الخصاء في القصاص والدّية:

٨ ـ سبق أن بينا أن الخصاء هو أخذ الخصيتين دون الذكر أو معه، وفيما يلي نذكر موجب قطع الخصيتين دون الذكر أو معه:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن القصاص يجري عند توافر شروطه في الأنثيين لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾[٣] فيقطع الأنثيان بالأنثيين، لأنه ينتهي إلى حد فاصل يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص.[٤]

وألحق الشافعية إشلال الأنثيين ودقهما بالقطع في وجوب القصاص. قال النووي: وفي قطع الأنثيين وإشلالهما القصاص، سواء أقطع الذكر والأنثيين معا، أم قدم الذكر أو الأنثيين، ولو دق خصييه ففي التهذيب أنه يقتص بمثله إن أمكن، وإلا وجبت الدية.[١]

ويرى المالكية أنه لا يقتص في الرض، قال أشهب: إن قطعت الأنثيان أو أخرجتا ففيهما القود لا في رضهما، لأنه قد يؤدي إلى التلف لعدم الانضباط في القصاص.[٢]

أما الحنفية فقد جاء في الفتاوى الهندية نقلا عن الفتاوى الظهيرية، أنه ليس في الكتب الظاهرة نص يدل على وجوب القصاص في قطع الأنثيين حالة العمد،[٣] ويقول الكاساني: ينبغي أن لا يجب القصاص فيهما، حيث ليس لهما مفصل معلوم فلا يمكن استيفاء المثل.[٤]

وإذا سقط القصاص لعدم توافر أي شرط من شروطه تجب الدية في الأنثيين، فقد ورد في كتاب النبي ﷺ لعمرو بن حزم (وفي البيضتين الدية)[٥] ولأن فيهما الجمال والمنفعة، فإن النسل يكون بهما، فكانت فيهما الدية كاليدين، وروى

---

(١) المهذب للشيرازي ٢/ ٦٢ ـ كفاية الأخيار ٢/ ٥٩ ـ ٦٠

(٢) المغني ٦/ ٦٧٠، وانظر المقنع لابن قدامة ١/ ٥٥

(٣) سورة المائدة/ ٤٥

(٤) المهذب ٢/ ١٨٣، والمغني ٧/ ٧١٤، والتاج والإكليل بهامش الحطاب ٦/ ٢٤٧

---

(١) روضة الطالبين ٩/ ١٩٥

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤/ ٣٨٨، والتاج والإكليل ٦/ ٢٤٧

(٣) الفتاوى الهندية ٦/ ١٥

(٤) بدائع الصنائع ٧/ ٣٠٩

(٥) حديث: «وفي البيضتين الدية». أخرجه النسائي (٨/ ٥٨ ـ ط المكتبة التجارية) من حديث طويل رواه عمرو بن حزم وضعف إسناده النووي كما في التلخيص لابن حجر (١/ ١٣١ ـ ط شركة الطباعة الفنية) ولكن ابن حجر أورد له شواهد تقويه.

الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال: مضت السنة أن في الصلب الدية، وفي الأنثيين الدية. وفي إحداهما نصف الدية في قول أكثر أهل العلم، لأن ما وجب في اثنين منه الدية، وجب في أحدهما نصفها، كاليدين وسائر الأعضاء، ولأنهما ذوا عدد تجب فيه الدية فاستوت ديتهما كالأصابع، وحكي عن سعيد بن المسيب أن في اليسرى ثلثي الدية، وفي اليمنى ثلثها، لأن اليسرى أكثر لأن النسل يكون بها.[١]

قال ابن قدامة: وإن رض أنثييه أو أشلهما كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو ذكره، فإن قطع أنثييه فذهب نسله لم يجب أكثر من دية، لأن ذلك نفعهما فلم تزدد الدية بذهابه معهما، كالبصر مع ذهاب العينين، والبطش مع ذهاب اليدين، وإن قطع إحداهما فذهب النسل لم يجب أكثر من نصف الدية، لأن ذهابه غير متحقق.[٢]

هذا موجب قطع الأنثيين دون الذكر، أما إذا قطع الأنثيين مع الذكر مرة واحدة ففيهما ديتان باتفاق الفقهاء، دية للأنثيين ودية للذكر، لأن الجاني فوّت منفعة الجماع بقطع الذكر ومنفعة

(١) المبسوط ٢٦/ ٧٠، والشرح الصغير ٤/ ٣٨٨، بداية المجتهد ٢/ ٤٢٢ ط الحلبي، وروضة الطالبين ٩/ ٢٨٧، والمهذب ٢/ ٢٠٨، والمغني ٨/ ٣٤

(٢) المغني ٨/ ٣٤، ٣٥

الإنزال بقطع الأنثيين، فقد وجد تفويت منفعة الجنس في قطع كل منهما فيجب في كل واحد منهما دية كاملة.[١]

ويرى الحنفية والحنابلة أنه إن قطع الذكر أولا ثم قطع الأنثيين تجب ديتان، فإن قطع الأنثيين ثم قطع الذكر لم يلزمه إلا دية واحدة في الأنثيين، وفي الذكر حكومة العدل، لأنه ذكر الخصي ولا تكمل الدية في ذكر الخصي.[٢]

وقال الكاساني في تعليله لهذا الحكم: لأن منفعة الأنثيين كانت كاملة وقت قطعهما، ومنفعة الذكر تفوت بقطع الأنثيين إذ لا يتحقق الإنزال بعد قطع الأنثيين فنقص أرشه.[٣]

ويؤخذ من عبارات المالكية والشافعية أنه تجب في قطع الأنثيين مع الذكر ديتان سواء أقطعتا قبل الذكر أم بعده.[٤]

قال المواق: إن قطعت الأنثيان مع الذكر ففي ذلك ديتان، وإن قطعتا قبل الذكر أو بعده ففيهما الدية، وإن قطع الذكر قبلهما أو بعدهما ففيه الدية، ومن لا ذكر له ففي أنثييه الدية، ومن لا أنثيين له ففي ذكره الدية.[٥]

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٣٢٤، المغني ٨/ ٣٣، ٣٤، والتاج والإكليل ٦/ ٢٤١، وشرح المنهج ٥/ ٧٩

(٢) بدائع الصنائع ٧/ ٣٢٤، والمغني ٨/ ٣٣، ٣٤

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٣٢٤

(٤) التاج والإكليل ٦/ ٢٦١، وشرح المنهج ٥/ ١٧٩

(٥) التاج والإكليل ٦/ ٢٦١

كما أن الشافعية يوجبون دية كاملة في الأنثيين، ودية كاملة في الذكر سواء في ذلك ذكر الشيخ، والشاب، والصغير، والعنين، والخصي وغيرهم. (١)

وللتفصيل (ر: جناية على ما دون النفس، دية، قصاص).

حكم الخصي من بهيمة الأنعام في الأضحية والهدي:

٩ - أصل ذلك: ما روى أبو رافع قال: ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أملحين موجوءين خصيين. (٢)

وما روى أبو سلمة عن عائشة رضي الله عنها أو عن أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ كان إذا أراد أن يضحي اشترى كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوءين فذبح أحدهما عن أمته لمن شهد لله بالتوحيد وشهد له بالبلاغ، وذبح الآخر عن محمد وعن آل محمد. (٣)

(١) روضة الطالبين ٩/ ٢٨٧

(٢) حديث: «ضحى رسول الله ﷺ بكبشين أملحين موجوءين خصيين». أخرجه أحمد (٦/ ٨، ٣٩١ - ط الميمنية) وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ / ٢١ - ط القدسي) «إسناده حسن».

(٣) حديث: «كان إذا أراد أن يضحي اشترى كبشين». أخرجه ابن ماجه (٢/ ١٠٤٣ - ١٠٤٤ - ط الحلبي) وحسن إسناده البوصيري في «مصباح الزجاجة» (٢/ ١٥٥ - ط دار الجنان).

والموجوء هو منزوع الأنثيين كما ذكره الجوهري وغيره، وقيل: هو المشقوق عرق الأنثيين، والخصيتان بحالهما. (١)

قال الشوكاني: هذه الأحاديث دليل على استحباب التضحية بالموجوء، واتفقوا على جواز ذلك وعلى الصفات الواردة في الأحاديث.

ثم قال: إن الظاهر أنه لا مقتضى للاستحباب، لأنه قد ثبت عنه ﷺ التضحية بالفحيل، فيكون الكل سواء. (٢)

وقد نص الحنفية على ذلك بقولهم:

أن يكون من الأجناس الثلاثة، الغنم، أو الإبل أو البقر، ويدخل في كل جنس نوعه، والذكر والأنثى منه، والخصي والفحل لإطلاق اسم الجنس على ذلك. (٣)

أما المالكية فيفضلون الفحيل في الأضحية على الخصي، إن لم يكن الخصي أسمن، وإلا فهو أفضل، وإن كان بخصية واحدة فيجزىء إن لم يحصل بها مرض.

وإنما أجزأ لأنه يعود بمنفعة في لحمها، فيجبر ما نقص.

وعندهم أيضا سواء كان فوات الجزء خلقة أو كان طارئا بقطع فجائز لما ذكروا. (٤)

(١) نيل الأوطار للشوكاني ٥/ ٢٠٩

(٢) المرجع نفسه ٥/ ٢٠٩ - ٢١٠

(٣) البدائع للكاساني ٥/ ٦٩

(٤) حاشية الدسوقي ٢/ ١٢٠، ١٢١

كما نص الشافعية على جواز الهدي والأضحية بالخصي بقولهم: ويجزىء الخصي ومكسور القرن، والخصي هو مقطوع الأنثيين، والمذهب أنه يجزىء، لأن نقصهما سبب لزيادة اللحم وطيبه، وأغرب ابن كج فحكى فيه قولين، ووجه عدم الإجزاء ما فيه من فوات جزء مأكول مستطاب. (١)

وعند الحنابلة أيضا: أن التضحية بخصي بلا جب تجزىء، لأن النبي ﷺ «ضحى بكبشين موجوءين»، وعن عائشة رضي الله عنها نحوه.

والموجوء: المرضوض الخصيتين سواء أقطعتا أم سلتا، ولأنه إذهاب عضو غير مستطاب، بل يطيب اللحم بزواله ويسمن، أما الخصي المجبوب فعندهم أنه لا يجزىء. (٢)

خصوصية

انظر: اختصاص

(١) كفاية الأخيار ٢/ ٢٣٨ ـ ٢٣٩

(٢) المقنع لابن قدامة ١/ ٤٧٤.

خصومة

التعريف:

١ ـ الخصومة لغة: المنازعة، والجدل، والغلبة بالحجة. (١)

والمعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي، وقد استعمل الفقهاء هذه الكلمة في رفع الدعوى أمام القضاء. (٢)

الألفاظ ذات الصلة:

أ ـ العداوة:

٢ ـ العداوة، هي ما يتمكن في القلب من قصد الإضرار والانتقام، وأصله من تجاوز الحد في الشيء. (٣)

قال الراغب: العَدْو التجاوز ومنافاة الالتئام، فتارة يعتبر بالقلب، فيقال له: العداوة والمعاداة، وتارة بالمشي، فيقال له العَدْو، وتارة

(١) لسان العرب، المفردات، معجم متن اللغة، المعجم الوسيط مادة: «خصم» وتكملة فتح القدير ٦/ ٩٦، العناية ٦/ ٩٦

(٢) المراجع السابقة، ومعين الحكام ٢٢، وتبصرة الحكام ١/ ٣٢، والروضة ١١/ ١٣٨

(٣) النهاية ٣/ ١٩٣، التعريفات ١٩١

في الإخلال بالعدالة في المعاملة، فيقال له العدوان والعدو، قال الله تعالى: ﴿فيسبوا الله عَدواً بغير علم﴾.[١]

قال أبو هلال العسكري: الفرق بين المعاداة والمخاصمة أن المخاصمة، من قبيل القول، والمعاداة من أفعال القلوب، ويجوز أن يخاصم الإنسان غيره من غير أن يعاديه، ويجوز أن يعاديه ولا يخاصمه.[٢]

ب ـ الدعوى:

٣ ـ عرفها الحنفية بأنها قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قِبَل غيره، أو دفعه عن حق نفسه. فالخصومة والدعوى من حيث التعريف متساويان عند الحنفية.

وعرفها الشافعية، بأنها إخبار بحق له على غيره عند حاكم. فالدعوى عند الشافعية غلب استعمالها على طلب الحق من المدعي، أما الخصومة فما يقع من الخصمين (المدعي والمدعى عليه) أمام القاضي.[٣]

أقسام الخصومة:

٤ ـ تنقسم الخصومة إلى قسمين:

الأول: ما يكون الخصم فيه منفردا. وهو الذي لا يحتاج إلى حضور آخر معه، كمن يترتب على إقراره حكم، فهو خصم في حالة إنكاره. ونظائر هذا في مصطلح: (دعوى).

والقسم الثاني: الخصومة التي تحتاج إلى حضور طرف آخر، كمسائل الوديعة والعارية والإجارة والرهن والغصب ونظائرها.[١] وانظر تفصيلها في مظانها من كتب الفقه والمصطلحات الخاصة بها في الموسوعة، ومصطلحي: (قضاء ودعوى).

ضابط الخصومة:

٥ ـ أ) في المدعي: إذا ادعى أحد شيئا، وكان يترتب على إقراره حكم إذا أقر، يكون بإنكاره خصما في الدعوى.

ب ـ في المدعى عليه: إذا كان لا يصح إقرار المدعى عليه، أي في حالة إقراره لا يترتب حكم على إقراره، فبإنكاره لا يكون خصما في الدعوى.[٢] وذلك كما لو ادعى شخص على ولي الصغير بدين أو بحق فأقر به، فإن إقراره لا يقبل لما فيه من الإضرار بالمحجور عليه.

ويندرج تحت هذا الضابط مسائل تنظر في مصطلح: (دعوى).

---

(١) سورة الأنعام/ ١٠٨. وانظر المفردات ص٣٢٦

(٢) الفروق ١٠٧

(٣) ابن عابدين ٤/ ٤١٩، قليوبي وعميرة ٤/ ٣٣٤، مجلة الأحكام م ١٦١٣

---

(١) درر الحكام ٤/ ١٩٩، والفتاوى الهندية ٤/ ٣٦

(٢) درر الحكام ٤/ ٢٠٠

خصي

انظر: خصاء.

خضاب

انظر: اختضاب



خطـأ

التعريف :

١ ـ الخطأ لغة نقيض الصّواب.

قال في اللسان: الخطأ والخطاء ضد الصواب، وفي التنزيل: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾[1] عداه بالباء لأنه في معنى عثرتم أو غلطتم.

وأخطأ الطريق عدل عنه، وأخطأ الرامي الغرض لم يصبه. وخطّأه تخطئة نسبه الى الخطأ وقال له أخطأت.

وقال الأموي: المخطىء من أراد الصواب فصار إلى غيره، والخاطىء من تعمد لما لا ينبغي.

والاسم الخطيئة على فعيله، وذلك أن تشدد الياء وتدغم فتقول خطيّة والجمع خُطايا.[2]

وفي النهاية والمصباح: يقال خَطِىءَ في دينه خِطْأً إذا أثم فيه، والخِطء: الذنب والإثم. وأخطأ يُخطِىء إذا سلك سبيل الخطأ عمدا أو

(١) سورة الأحزاب/٥

(٢) لسان العرب والصحاح مادة: «خطو»

سهوا. ويقال: خطِىء بمعنى أخطأ أيضا. وقيل: خَطِىء إذا تعمد، وأخطأ إذا لم يتعمد. ويقال: لمن أراد شيئا ففعل غيره، أوفعل غير الصواب: أخطأ.[١]

معناه في الاصطلاح :

٢ ـ قال في التلويح: هو فعل يصدر من الإنسان بلا قصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه.[٢]

وعرفه الكمال بن الهمام بقوله:

هو أن يقصد بالفعل غير المحل الذي يقصد به الجناية، كالمضمضة تسري إلى حلق الصائم، فإن المحل الذي يقصد به الجناية على الصوم إنما هو الحلق ولم يقصد بالمضمضة بل قصد بها الفم، وكالرمي إلى صيد فأصاب آدميا، فإن محل الجناية هو الآدمي ولم يقصد بالرمي بل قصد غيره وهو الصيد.[٣]

الغلط :

٣ ـ الغلط في اصطلاح جمهور الفقهاء يأتي مساويا للفظ الخطأ.[٤]

(١) النهاية في غريب الحديث والأثر ٢/٤٤، والمصباح المنير مادة: «خطو».

(٢) التلويح ٢/١٩٥ ط صبيح، وانظر الموسوعة المجلد السابع ص١٦٦ مصطلح «أهلية».

(٣) تيسير التحرير ٢/٣٠٥

(٤) منهاج الطالبين ٢/١١٥، والمهذب ١/٢٣٣، وحاشية ابن عابدين ٧/٤٢٢

فقد جاء في حاشية العدوي على الخرشي تعريف الغلط: بأنه تصور الشيء على خلاف ما هو عليه.[١]

وقريب من هذا التعريف ما قاله الليث: إنه أي الغلط كل شيء يعيا الإنسان عن جهة صوابه من غير تعمد.[٢] وهذا هو معنى الخطأ بعينه.

وذكر بعض المالكية: فرقا بين الخطأ والغلط وهو أن متعلق الخطأ الجنان، ومتعلق الغلط اللسان.[٣] ولكنهم قالوا يأتي الغلط بمعنى الخطأ ويأخذ حكمه.

قال الدسوقي في حاشيته: في الحنث بالغلط أي:اللساني نظر، والصواب عدم الحنث فيه، وما وقع في كلامهم من الحنث بالغلط، فالمراد به الغلط الجناني الذي هو الخطأ، كحلفه أن لا يكلم زيدا، فكلمه معتقدا أنه عمرو، وكحلفه لا أذكر فلانا فذكره، لظنه أنه غير الاسم المحلوف عليه.[٤]

وفرق أبو هلال العسكري بين الخطأ والغلط فقال: إن الغلط هو وضع الشيء في غير موضعه، ويجوز أن يكون صوابا في نفسه، والخطأ لا يكون صوابا على وجه.

(١) حاشية العدوي على الخرشي ٧/١٢٢

(٢) لسان العرب

(٣) شرح الدردير وحاشية الدسوقي عليه ٢/١٤٢

(٤) حاشية الدسوقي ٢/١٤٢

ثم قال: وقال بعضهم: الغلط أن يسهى ترتيب الشيء وأحكامه، والخطأ أن يسهى عن فعله، أو أن يوقعه من غير قصد له ولكن لغيره. [(١)]

وهذا البحث يشمل مصطلحي (خطأ، وغلط) باعتبارهما يردان على معنى واحد كما هو اصطلاح جمهور الفقهاء فإنهم يعبرون عما يجري على اللسان من غير قصد بلفظ الخطأ، كما في بيع المخطىء وطلاقه.

والمالكية يعبرون عما يتعلق بالاعتقاد بلفظة الغلط، كما في الغلط في المبيع، وتأتي تعبيراتهم مختلفة أحيانا، فمنهم من يعبر بلفظة الخطأ، ومنهم من يعبر عن ذات المسألة بلفظة الغلط، كما في الحج والوقوف بعرفة، وفي كثير من المسائل كمسائل الشهادة والرجوع عنها.

الألفاظ ذات الصلة:

أ ـ النسيان والسهو والغفلة والذهول:

٤ ـ هذه الألفاظ متقاربة في المعنى عند الفقهاء والأصوليين.

فقد نقل ابن عابدين عن شرح التحرير اتفاقهم على عدم الفرق بين السهو والنسيان.

وقال ابن نجيم: المعتمد أنهما مترادفان. [(٢)]

(١) الفروق اللغوية ص٤١

(٢) تيسير التحرير ٢/٢٦٣، شرح فتح القدير ١/٣٩٥، وحاشية ابن عابدين ١/٦١٤، والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٠٢

وصرح البيجوري بأن السهو مرادف للغفلة، وأما الذهول فمن العلماء من جعله مساويا للغفلة، ومنهم من جعله أعم منها، ومنهم من جعله أخص، وجميع هذه الألفاظ ترجع إلى عيوب في الإرادة لمن فاتها العلم، وما كان منافيا للعلم كان منافيا للإرادة، وصلتها بالخطأ أنها أسباب تؤدي إليه والخطأ ينتج عنها. [(١)]

ب ـ الإكراه:

٥ ـ الإكراه هو حمل الغير على ما لا يرضاه من قول أو فعل، ولا يختار المكره مباشرته لو خلّي ونفسه، وينقسم إلى ملجىء وغير ملجىء وتفصيل أحكامه محله مصطلح: (إكراه)

قال الآمدي وغيره: والحق أنه إذا خرج بالإكراه إلى حد الاضطرار، وصار نسبة ما يصدر عنه من الفعل إليه نسبة حركة المرتعش

(١) حاشية الجمل ١/٤٤٦، وحاشية ابن عابدين ٢/٧٧، ٦/١٤٧، وجمع الجوامع ١/٦٨، ٦٩، ٢/١٩٣. وانظر غريب الحديث للهروي ٣/١٤٩، والنهاية في غريب الحديث والأثر ٥/٥٠، وحاشية البيجوري على متن السنوسية ص٢٩ ـ النشر الطيب على توحيد ابن عاشر ١/٣٥٥، والمفردات ص٣٦٢، ٤٩١، والمصباح المنير، ولسان العرب والشرح الصغير ٤/٢٤٣، نهاية السول في شرح منهاج الأصول بتحقيق المطيعي ١ ـ ٣/٥، وتيسير التحرير ٢/٢٦٤ و٣٠٥ و٣٠٦، والقواعد والفوائد الأصولية للبعلي ص١٥٣، والإحكام في أصول الأحكام للآمدي ١/١١٧، وشرح فتح القدير ١/٣٩٥.

إليـه ، أن تكليفـه به إيجـادا وعـدما غير جائز إلا على القول بتكليف ما لا يطاق ، وأما إن لم ينته إلى حد الاضطـرار فهـو مختـار ، وتكليفـه جائـز عقـلا وشـرعا ، وأما المخطىء فهو غـيـر مكلف إجماعا فيما هو مخطىء فيه .(١)

جـ ـ الهزل :

٦ ـ الهـزل ضد الجـد وهو كل كلام لا تحصيل له مأخوذ من الهزال .(٢)

وقال ابن الأثير: الهزال واللعب من باب واحد .(٣) ونحوهما المزاح .

وفي الاصطـلاح : أن لا يراد باللفـظ ودلالته المعنى الحقيقي ولا المجازي بأن لا يراد به شيء أو يراد به ما لا يصح إرادته به .(٤)

والهـزل كالخطأ في أنه من العوارض المكتسبة إلا أن المخطىء لا قصـد له في خصـوص اللفظ ولا في حكمـه ، والهـازل مختـار راض بخصوص اللفظ غير راض بحكمه .(٥)

(١) الإحكام في أصول الأحكام ١١٧/١ ، نهاية السـول في شرح منهاج الأصول ٣٢١/١ ، الإبهاج في شرح المنهاج ١٦١/١ ، القواعد والفوائـد الأصوليـة ص٣٩ ، تيسير التحرير ٢٥٨/٢ ، ٣٠٧

(٢) المفردات ص٥٤٢

(٣) النهاية ٢٦٣/٥

(٤) تيسير التحرير ٢٩٠/٢

(٥) تيسير التحرير ٣٠٧/٢

د ـ الجهل :

٧ ـ الجهـل انتفـاء العلم بالمقصـود بأن لم يدرك أصـلا ، ويسمى الجهـل البسيط ، أو أدرك على خلاف هيئتـه في الواقع ويسمى الجهل المركب ، لأنـه جهـل المدرك بها في الواقع ، مع الجهل بأنه جاهل به كاعتقاد الفلاسفة أن العالم قديم .

واعـتـبر الـفـقـهـاء الجهـل عذرا من باب التخفيف ، وعـارضـا من العـوارض المكتسبـة ، مثله مثـل الخطأ ، وأنـه مسقـط للإثـم ويعتـد به عذرا في حقـوق الله تعـالـى المنهيـات دون المأمـورات ، لأن المقصـود من المأمـورات إقـامة مصـالحهـا ، وذلـك لا يحصـل إلا بفعلهـا ، والمنهيـات مزجـور عنها بسبب مفاسدها امتحانا للمكلف بالانكفـاف عنهـا ، وذلـك إنـما يكون بالتعمد لارتكابها ، ومع الجهل لم يقصد المكلف ارتكاب المنهي فعذر بالجهل فيه .(١)

ولا يعتـبر الجهـل عذرا في حقـوق الآدميـين مثله في ذلـك مثـل الخطأ ، فيضمن الجـاهـل والمخطىء ما يتلفانه من حقوق العباد .

الحكم التكليفي :

٨ ـ اختلف علماء الأصـول في وصف المخطىء بالحل والحرمة .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٠٣ ، ٣٠٤ ، حاشية البيجوري على السنوسية ص ٢٩ ، النشر الطيب ٢٧/٢ ، وحاشية البناني على جمع الجوامع ١١١/١ ـ ١٦٤ ، غاية الوصول شرح لب الأصول ص٢٢ ، ٢٣ ، والمنثور في القواعد ١٦/٢ ـ ٢٠ ، والفروق في اللغة ١٤٩/٢ ـ ١٥١

فقال الأسنوي: بعد أن عرّف الحكم بأنه خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير: من فروع كون الحكم الشرعي لابد من تعلقه بالمكلفين، أن وطء الشبهة القائمة بالفاعل، وهو ما إذا وطئ أجنبية على ظن أنها زوجته مثلا، هل يوصف وطؤه بالحل والحرمة، وإن انتفى عنه الإثم، أولا يوصف بشيء منها؟

فيه ثلاثة أوجه: أصحها الثالث، وبه أجاب النووي في كتاب النكاح من فتاويه، لأن الحل والحرمة من الأحكام الشرعية، والحكم الشرعي هو الخطاب المتعلق بأفعال المكلفين، والساهي والمخطئ ونحوهما ليسوا مكلفين.

وجزم في المهذب بالحرمة، وقال به جماعة كثيرة من أصحابنا: (أي الشافعية) والخلاف يجري في قتل الخطأ، وفي أكل المضطر للميتة.

ثم قال: ومن أطلق عليه التحريم أو الإباحة لم يقيد التعلق بالمكلفين بل بالعباد، ليدخل فيه أيضا صحة صلاة الصبي وغيرها من العبادات ووجوب الغرامة بإتلافه، وإتلاف المجنون والبهيمة، والساهي ونحو ذلك مما يندرج في خطاب الوضع. (١)

وقال الشاطبي: إن بين الحلال والحرام مرتبة العفو فلا يحكم عليه بأنه واحد من الخمسة المذكورة. ثم قال: ويظهر هذا المعنى في مواضع من الشريعة، منها ما يكون متفقا عليه، ومنها ما يختلف فيه، فمنها الخطأ والنسيان فإنه متفق على عدم المؤاخذة به، فكل فعل صدر عن غافل، أو ناس، أو مخطئ، فهو مما عفي عنه، وسواء علينا أفرضنا تلك الأفعال مأمورا بها أو منهيا عنها أم لا. لأنها إن لم تكن منهيا عنها ولا مأمورا بها ولا مخيرا فيها فقد رجعت إلى قسم ما لا حكم له في الشرع وهو معنى العفو.

وإن تعلق بها الأمر والنهي، فمن شرط المؤاخذة به ذكر الأمر والنهي والقدرة على الامتثال، وذلك في المخطئ، والناسي، والفاعل محال، ومثل ذلك النائم، والمجنون، والحائض وأشباه ذلك. ومنها الخطأ في الاجتهاد وهو راجع إلى الأول، (١) وقد جاء في القرآن: ﴿عفا الله عنك لم أذنت لهم﴾. (٢)

الأثر المترتب على الخطأ بالنسبة للحقوق من حيث الصحة والفساد والإجزاء ونحوه:

٩ - جمهور الفقهاء على أن الخطأ عذر في إسقاط بعض حقوق الله تبارك وتعالى وليس فيها كلها، فاعتبره الشارع عذرا في سقوط الإثم عن المجتهد لما ثبت في الصحيحين: «إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا

---

(١) التمهيد ص٤٨، ٤٩ تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو.

(١) الموافقات ١/١٠٩، ١٦١، ١٦٤، ١٦٥

(٢) سورة التوبة/٤٣

حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر». [١]

وجعله شبهة دارئة في العقوبات فلا يؤاخذ بحد فيما لو زفت إليه غير امرأته فوطئها على ظن أنها امرأته.

وكذلك لا قصاص فيما لو رمى إلى إنسان على ظن أنه صيد فقتله.

وأما حقوق العباد فلا تسقط بالخطأ فيجب ضمان المتلفات خطأ، كما لو رمى إلى شاة وإنسان على ظن أنها صيد، أو أكل ماله على ظن أنه ملك نفسه، لأنه ضمان مال لا جزاء فعل فيعتمد عصمة المحل، وكونه خاطئا لا ينافيها. [٢]

قال ابن نجيم: قال الأصوليون، أي في حديث: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه: [٣] إنه من باب ترك الحقيقة بدلالة محل الكلام، لأن عين الخطأ وأخويه[٤] غير مرفوع، فالمراد حكمها وهو نوعان: أخروي وهو المأثم، ودنيوي وهو الفساد، والحكمان مختلفان فصار الحكم بعد كونه مجازا مشتركا فلا يعم. أما عندنا فلأن المشترك لا عموم له، وأما عند الشافعي فلأن المجاز لا عموم له فإذا ثبت الأخروي إجماعا لم يثبت الآخر.

وأما الحكم الدنيوي فإن وقع في ترك مأمور لم يسقط بل يجب تداركه، ولا يحصل الثواب المترتب عليه، أو فعل منهي عنه، فإن أوجب عقوبة كان شبهة في إسقاطها، فمن نسي صلاة أو صوما، أو حجا، أو زكاة، أو كفارة، أو نذرا، وجب عليه قضاؤه بلا خلاف، وكذا الوقوف بغير عرفة غلطا يجب القضاء اتفاقا، ومنها من صلى بنجاسة مانعة ناسيا، أو نسي ركنا من أركان الصلاة، أو تيقن الخطأ في الاجتهاد في الماء والثوب وقت الصلاة والصوم. [١]

وقال الزركشي: المراد من قوله ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» أما في الحكم فإن حقوق الآدميين العامد والمخطىء فيها سواء، وكذلك في بعض حقوق الله تعالى كقتل الصيد

---

(١) حديث: «إذا حكم الحاكم فاجتهد...» أخرجه البخاري (الفتح ١٣/٣١٨ - ط السلفية) ومسلم (٣/١٣٤٢ - ط الحلبي) من حديث عمرو بن العاص.

(٢) تيسير التحرير ٢/٣٠٦، فواتح الرحموت ١/١٦٥، ميزان الأصول ص ١٨٨.

(٣) حديث: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». أخرجه ابن ماجه ١/٦٥٩ - ط الحلبي) والحاكم (٢/١٩٨ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث عبدالله بن عباس، واللفظ لابن ماجه، وصحح الحاكم إسناده ووافقه الذهبي.

(٤) يقصد النسيان والإكراه.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٠٣، وانظر الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٨٧-١٩٠، وحاشية ابن عابدين ١/٦١٥، وكشف الخفاء ومزيل الإلباس - الحديث برقم ١٣٩٤، ٢٩٢٩، المنثور في القواعد ٢/١٢٢ هامش، والجزء الثاني من مختصر قواعد العلائي وكلام الأسنوي لأبي الثناء نور الدين محمود بن أحمد الحموي الفيومي المعروف بابن خطيب الدهشة ص ٤٩٧، ٤٩٨.

والخطأ في العبادة مرفوع غير موجب للقضاء إن لم يؤمن وقوع مثله في المفعول ثانيا، كما لو أخطأ الحجيج في الوقوف بعرفة، فوقفوا العاشر لا يجب القضاء، لأن الخطأ لا يؤمن في السنين المستقبلة. أما إذا أمكن التحرز منه فلا يكون الخطأ عذرا في إسقاط القضاء كما إذا أخطأ الحجيج في الموقف فوقفوا في غير عرفة، فيلزمهم القضاء سواء كانوا جمعا كثيرا أو قليلا، لأن الخطأ في الموقف يؤمن مثله في القضاء، وكالحاكم يحكم بالاجتهاد ثم يجد النص بخلافه لا يعتد بحكمه.

ولو صلى بالاجتهاد ثم تيقن الخطأ بعد الصلاة وجب القضاء في الأصح، ولو اجتهد في أوان، أو ثياب، ثم بان أن الذي توضأ به أو لبسه كان نجسا لزمته الإعادة.(١)

وذهب جماعة من العلماء إلى أن الفعل الواقع خطأ أو نسيانا لغو في الأحكام، كما جعله الله لغوا في الآثام. وبيّنَ النبي ﷺ ذلك بقوله: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه».(٢)

---

(١) المنثور في القواعد ٢/١٢٢، ١٢٣

(٢) حديث: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» أخرجه الطبراني عن ثوبان وفي إسناده يزيد بن ربيعة الرجحي، وهو ضعيف كما قال الهيثمي (فيض القدير ٤/٣٤، ٣٥) ويدل على معناه ما أخرجه ابن ماجة من حديث عبدالله بن عباس «إن الله رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وقد صححه الحاكم ووافقه الذهبي =

وقال القرطبي عند الكلام على قوله تعالى: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾(١) المعنى: اعف عن إثم ما يقع منا على هذين الوجهين أو أحدهما. وهذا لم يختلف فيه أن الإثم مرفوع، وإنما اختلف فيما يتعلق على ذلك من الأحكام هل ذلك مرفوع لا يلزم منه شيء، أو يلزم أحكام ذلك كله؟ اختلف فيه: والصحيح أن ذلك يختلف بحسب الوقائع، فقسم لا يسقط باتفاق كالغرامات، والديات، والصلوات المفروضات، وقسم يسقط باتفاق كالقصاص والنطق بكلمة الكفر، وقسم ثالث يختلف فيه كمن أكل ناسيا في رمضان، أو حنث ساهيا، وما كان مثله مما يقع خطأ ونسيانا ويعرف ذلك في الفروع.(٢)

وممن ذهب إلى أن الفعل الواقع خطأ غير مؤاخذ عليه مطلقا إلْكِيا الهراسي الذي قال عند الكلام على قوله تعالى: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾ يقتضي رفع المؤاخذة بالمنسي، والمؤاخذة منقسمة إلى مؤاخذة في حكم الآخرة وهو الإثم والعقاب، وإلى مؤاخذة في حكم الدنيا وهو إثبات التبعات والغرامات. والظاهر نفي حكم جميع ذلك.

= (ابن ماجة ١/٦٥٩، ط الحلبي، والحاكم ٢/١٩٨ ط دائرة المعارف العثمانية)

(١) سورة البقرة/٢٨٦

(٢) الجامع لأحكام القرآن ٣/٤٣١، ٤٣٢

وقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان». يقتضي رفع الخطأ مطلقا ورفع حكمه. (١)

١٠ ـ والذي عليه جمهور الأئمة والعلماء أن ضمان المتلفات والديات وكل ما يتعلق بحقوق العباد لا يسقط بحال حتى إنهم أطبقوا على أن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء. (٢) لأنه من قبيل خطاب الوضع وقد تقرر في علم الأصول أن خطاب الوضع لا يشترط فيه علم المكلف وقدرته وهو الخطاب بكثير من الأسباب والشروط والموانع، فلذلك وجب الضمان على المجانين والغافلين بسبب الإتلاف لكونه من باب الوضع الذي معناه أن الله تعالى قال: إذا وقع هذا في الوجود فاعلموا أني حكمت بكذا، ومن ذلك الطلاق بالإضرار، والإعسار، والتوريث بالأنساب. (٣)

ونقل الخلال عن أحمد قال: من زعم أن الخطأ والنسيان مرفوع فقد خالف كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ فإن الله أوجب في قتل

(١) أحكام القرآن ١/٤٣٧، ٤٣٨

(٢) البهجة شرح التحفة ٢/٢٨٦، ٢٨٧، المنثور في القواعد ٢/١٢٢، ١٢٣.

(٣) الذخيرة للقرافي ص٦٥، والتمهيد ص١١٨، ١١٩، الأحكام للآمدي ١/١١٥ ـ ١١٧، المستصفى ١/٨٤، ٨٥ مطبوع مع فواتح الرحموت، وفواتح الرحموت ١/١٦٥ نفس الطبعة، تيسير التحرير ٢/٣٠٦، ٣٠٧، فتح الباري ١٤/٣٥٦، ٣٥٧.

النفس الخطأ الدية والكفارة، يعني من زعم ارتفاعهما على العموم في خطاب الوضع والتكليف. (١)

وقال البعلي في القاعدة الثانية: شروط التكليف العقل وفهم الخطاب. فلا تكليف على صبي، ولا مجنون لا عقل له. وقال أبو البركات في المسودة: واختار قوم تكليفهما.

قلت: من اختار تكليفهما، إن أراد: أنه يترتب على أفعالهما ما هو من خطاب الوضع فلا نزاع في ترتبه. وإن أراد خطاب التكليف فإنه لا يلزمهما بلا نزاع، وإن اختلف في مسائل: هل هي من خطاب الوضع، أم من خطاب التكليف؟ أو بعض مسائل من مسائل التكليف. (٢)

قواعد فقهية متعلقة بالخطأ:

قاعدة: لا عبرة بالظن البين خطؤه.

١١ ـ هذه القاعدة ذكرها الحنفية والشافعية.

ومن تطبيقاتها عند الحنفية: أن من فاتته صلاة العشاء لو ظن أن وقت الفجر ضاق فصلى الفجر قبل الفائتة، ثم تبين أنه كان في الوقت سعة بطل الفجر، فإذا بطل ينظر، فإن كان في الوقت سعة يصلي العشاء ثم يعيد الفجر، فإن لم يكن في الوقت سعة يعيد الفجر فقط.

(١) كشف الخفاء ومزيل الإلباس ١/٥٢٢، ٥٢٣

(٢) القواعد والفوائد الأصولية ص١٥

ومنها ما لو ظن الماء نجسا فتوضأ به ثم تبين أنه طاهر جاز وضوؤه.

ومنها ما لو ظن المزكي أن المدفوع إليه غير مصرف للزكاة فدفع له، ثم تبين أنه مصرف أجزأه اتفاقا. ولو رأوا سوادا فظنوه عدوا فصلوا صلاة الخوف، فبان خلافه لم تصح، لأن الشرط حضور العدو.

ولو استناب المريض في حج الفرض ظانا أنه لا يعيش ثم صح من المرض أداه بنفسه.

ولو ظن أن عليه دينا فأداه فبان خلافه رجع بما أدى.

ولو خاطب امرأته بالطلاق ظانا أنها أجنبية فبان أنها زوجته طلقت.[1]

ومن تطبيقاتها عند الشافعية :

١٢ - ما لو ظن المكلف في الواجب الموسع أنه لا يعيش إلى آخر الوقت، تضيق عليه فلو لم يفعله ثم عاش وفعله فأداء على الصحيح.

وما لو ظن أنه متطهر فصلى ثم بان حدثه.

وما لو ظن دخول الوقت، فصلى، ثم بان أنه لم يدخل.

أو ظن طهارة الماء فتوضأ به، ثم بان نجاسته.

أو ظن أن إمامه مسلم، أو رجل قارىء فبان كافرا، أو امرأة أو أميا.

أو بقاء الليل، أو غروب الشمس، فأكل ثم بان خلافه.

أو دفع الزكاة إلى من ظنه من أهلها، فبان خلافه.

أو رأوا سوادا فظنوه عدوا فصلوا صلاة شدة الخوف، فبان خلافه، أو بان أن هناك خندقا.

أو استناب على الحج ظانا أنه لا يرجى برؤه، فبرىء: لم يجز في الصور كلها.

ثم أورد السيوطي وابن نجيم بعض المسائل المستثناة من هذه القاعدة، منها ما لو صلى خلف من يظنه متطهرا فبان حدثه صحت صلاته.[1]

ولو أنفق على البائن ظانا حملها فبانت حائلا: استرد.

وشبهه الرافعي: بما إذا ظن أن عليه دينا فأداه، ثم بان خلافه، وما إذا أنفق على ظن إعساره، ثم بان يساره.[2]

١٣ - وقريب من القاعدة المشار إليها عند المالكية قاعدة الظهور والانكشاف ذكرها الونشريسي.[3] ومن تطبيقاتها:

استرجاع النفقة المدفوعة إلى المرأة بناء على ثبوت الحمل إذا ظهر بعد ذلك أنها لم تكن حاملا، على المشهور عندهم.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٦١، شرح المجلة لعلي حيدر المسمى درر الحكام ١/ ٦٤ القاعدة ٧٢.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٥٧

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٥٧

(٣) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص ٢١٥

ووجوب رد قسمة ميراث المفقود في أرض الإسلام في الأجل أو قبله ـ بعد ما أنفق أولاده على أنفسهم من ماله. قال مالك فيها بوجوب رد النفقة. (١)

١٤ ـ وعند الحنابلة أورد ابن رجب عدة قواعد في هذا المعنى منها:

القاعدة الخامسة والستون: وهي من تصرف في شيء يظن أنه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه ففي صحة تصرفه خلاف، ومن تطبيقاتها:

ما لو باع ملك أبيه بغير إذنه ثم تبين أن أباه كان قد مات ولا وارث له سواه، ففي صحة تصرفه وجهان ويقال: روايتان. (٢)

ومنها القاعدة الخامسة والتسعون:

من أتلف مال غيره وهو يظن أنه ماله، أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ثم يتبين خطأ ظنه، فإن كان مستندا إلى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ ظنه، بأن كان مستندا إلى سبب ظاهر من غيره، ثم تبين خطأ المتسبب، أو أقر بتعمده للجناية ضمن المتسبب وإن كان مستندا إلى اجتهاد مجرد، كمن دفع مالا تحت يده إلى من يظن أنه مالكه أو أنه يجب الدفع إليه، أو أنه يجوز ذلك، أو دفع ماله الذي يجب عليه إخراجه لحق الله إلى من يظنه مستحقا ثم تبين الخطأ ففي ضمانه قولان. (١)

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص٢١٥

(٢) القواعد لابن رجب ص ١٢٠

الخطأ في العبادات:

أ ـ الطهارة:

أولا ـ الخطأ في الاجتهاد في الأواني والثياب:

١٥ ـ من اجتهد في أوان أو ثياب ثم بان الذي توضأ به أو لبسه كان نجسا لزمته الإعادة، لأنه تبين له يقين الخطأ فهو كالحاكم إذا أخطأ النص.

وهذا مذهب الحنفية، وقول عند المالكية، ومذهب الشافعية وقول ابن عقيل من الحنابلة. (٢)

ومبنى هذه المسألة عند الحنفية والشافعية على قاعدة (لا عبرة بالظن البين خطؤه). (٣)

وبناها المالكية على قاعدة. الظن هل ينقض بالظن أم لا؟. (٤)

(١) القواعد لابن رجب ص٢٣٢

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ١ / ٦١، غمز عيون البصائر ١ / ١٩٣، والقوانين الفقهية ص٢٦، ٢٧، والشرح الصغير ١ / ٦٥، ٦٦، ومنهاج الطالبين ١ / ١٣٨، المنثور في القواعد ٢ / ١٢٣، والقواعد والفوائد الأصولية ص٩٦

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١٦٠، وشرح الأشباه المسمى غمز عيون البصائر ١ / ١٩٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ١٥٧

(٤) إيضاح المسالك في قواعد الإمام مالك ص١٤٩

والقول الآخر عندهم أنه يعيد في الوقت استحبابا.

ولا ترد هذه المسألة على قواعد جمهور الحنابلة لأنه إذا شك في نجاسة الماء الطاهر، أو طهارة الماء النجس بنى على اليقين، ولا عبرة بغلبة الظن، فإن اشتبه عليه لم يتحر فيهما، وهل يشترط لصحة تيممه مزجهما أو إراقتهما؟ على روايتين.(١)

وبنوا هذه المسألة على قاعدة: إذا تعارض الأصل والظاهر، فإن كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعا، كالشهادة والرواية والإخبار فهو مقدم على الأصل بغير خلاف، وإن لم يكن كذلك بل كان مستنده العرف والعادة الغالبة والقرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك، فتارة يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى الظاهر، وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت إلى الأصل، وتارة يخرج في المسألة خلاف.(٢)

أما في الثياب إذا اشتبهت عليه ثياب طاهرة بنجسة لم يجز التحري وصلى في كل ثوب بعدد النجس وزاد صلاة وينوي بكل صلاة الفرض.(٣)

(١) الفوائد والقواعد الأصولية ٩٥، والاختيارات الفقهية ص٥، المغني ١/٥٧، المذهب الأحمد ص٤
(٢) القواعد لابن رجب ٣٦٧، ٣٦٩
(٣) المغني ١/٧٥، القواعد والفوائد الأصولية ص٩٦

ثانيا - الخطأ في الوضوء:

١٦ - إذا غلط في نية الوضوء فنوى رفع حدث النوم وكان حدثه غيره.

قال المالكية والشافعية والحنابلة: إنه إذا غلط في النية بأن كان عليه حدث نوم، فغلط ونوى رفع حدث بول ارتفع حدثه لتداخل الأحداث، أما إن نوى غير ما صدر منه عمدا لم يصح وضوؤه لتلاعبه.(١)

ومذهب الحنفية كما ذكره ابن نجيم في مبحث «إذا عين وأخطأ» أن الوضوء والغسل لا دخل لهما في هذا البحث لعدم اشتراط النية فيهما.(٢) وقالوا: إن من دخل الماء مدفوعا، أو مختارا لقصد التبرد، أو لمجرد إزالة الوسخ صح وضوؤه. وأنه إذا لم ينو وتوضأ وصلى فصلاته صحيحة، لأن الشرط مقصود التحصيل لغيره لا لذاته، فكيفما فعل حصل المقصود وصار كستر العورة وباقي شروط الصلاة ولا يفتقر اعتبارها إلى أن تنوى.(٣)

ثالثا - الخطأ في الغسل:

١٧ - إذا نوى المغتسل رفع جنابة الجماع وكانت

(١) شرح الزرقاني ١/٦٣، والمجموع ١/٣٣٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٦، ١٧، وكشاف القناع ١/٨٦
(٢) الأشباه والنظائر ص٣٧
(٣) شرح فتح القدير ١/٣٢

جنـابتـه من احتلام، وإذا نوت المرأة رفع الجنابة وكان حدثها من الحيض.

قال الشافعية: إن ذلك لا يضر.(١)

وكذلك عند الحنفية، لأن النية لا تشترط في الـوضـوء، والغسـل، ومسح الخفين، وإزالـة النجاسة الخفيفة عن الثوب، والبدن، والمكان.(٢)

وقـال المـالكيـة: إذا تسـاوت الطهـارتـان في أنفسهـا وفيـها تتناولانه من الأحداث والأسباب وفيـها تمنعـانه من العبادات فلا خلاف في أن نية إحدى الطهارتين تنوب عن الأخرى.(٣)

وإذا تساوت الطهارتان عن حدث واختلفت موانعهـــا، كالجنـابـة، والحيض، فإن الحيض يمنـع الـوطء ولا تمنعـه الجنـابـة، فإن اغتسلت الحائض تنوي الجنابة دون الحيض، ففي كتاب ابن سحنـون عن أبيـه لا يجزيء الحائض، وفي كتاب الحاوي للقاضي أبي الفرج يجزىء.(٤)

وقـــال الــزرقـاني: الغلط في النيـة لا يضـر بخلاف المتعمد لأنه متلاعب.(٥)

وقـال الـدسوقي في حاشيته: وإن نوت امرأة جنب وحـائض بغسلهـا الحيض، والجنابة معا، أو نوت أحدهما ناسية أو ذاكرة للآخر ولم تخرجه حصلا.(١)

وقـال الحنـابلة إذا اجتمعت أحـداث متنوعة ولـو كانت متفـرقـة في أوقـات توجب وضـوءا أو غسلا ونوى بطهارته أحدها ارتفع هو، أي: الذي نوى رفعـه، وارتفـع سائـرهـا، لأن الأحـداث تتـــداخــل فإذا نوى بعضهـا غير مقيـد ارتفـع جميعها، وهذا ما لم يخرج شيئا منها بالنية.(٢)

رابعا: الخطأ في التيمم:

١٨ ـ من أمثلة الخطأ في التيمم ما يأتي:

أ ـ قال الحنفيـــة: النيـة في التيمم لا يجب فيهـا التمييـز بين الحـدث والجنـابة، فلو تيمم الجنب يريـــد به الـــوضــوء جاز، لأن الشروط يراعى وجــودهـا لا غير، فإذا تيمم للعصر جاز له أن يصلي به غيره.(٣) وقال الخصاف: يجب التمييز لكـونـه يقـع لهما على صفـة واحـدة فيميز بالنية كالصلوات المفروضة.(٤)

وأمـا مالـك فقد روي عنه المنع، وروى ابن مسلمـــة عنـه الجـواز. قال البـاجي في المنتقى: اختلف قول مالـك وأصحـابـه في الجنب يتيمم ناسيا لجنابته ينوي من الحدث الأصغر فمنع منه

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٦، المجموع ١/٣٣٥
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٠
(٣) المنتقى ١/٥٠
(٤) المنتقى ١/٥١
(٥) شرح الزرقاني ١/١٠١

(١) حاشية الدسوقي ١/١٣٣
(٢) كشاف القناع ١/٨٩، ٩٠
(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣١
(٤) ذات المصدر

مالك، وجوزه ابن مسلمة، ورواه عن مالك.[١]

وقال الشافعية: لو نوى المتيمم استباحة الصلاة بسبب الحدث الأصغر وكان جنبا، أو بسبب الجنابة وكان محدثا صح بالاتفاق إذا كان غالطا.[٢]

وقال الحنابلة: يشترط تعيين النية لما تيمم له كصلاة، وطواف، ومس المصحف من حدث أصغر أو أكبر، أو نجاسة على بدنه، لأن التيمم لا يرفع الحدث وإنما يبيح الصلاة، فلم يكن بد من التعيين تقوية لضعفه، وصفة التعيين أن ينوي استباحة صلاة الظهر مثلا من الجنابة إن كان جنبا، أو من الحدث إن كان محدثا وما أشبه ذلك. وإن نوى استباحة الصلاة من الحدث الأكبر والأصغر والنجاسة ببدنه صح تيممه وأجزأه لأن كل واحد يدخل في العموم.[٣]

ب ـ إن كان في رحله ماء فأخطأ رحله فطلبه فلم يجده فتيمم وصلى، مذهب المالكية ووجه عند الشافعية ومذهب الحنابلة يجزئه التيمم ولا إعادة عليه لعدم تقصيره، ولأنه غير مفرط في الطلب.

(١) المنتقى ١/٥١

(٢) المجموع ١/٣٣٥، الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٧

(٣) كشاف القناع ١/١٧٥، ١٧٦

والوجه الثاني عند الشافعية تلزمه الإعادة، لأنه فرط في حفظ الرحل.[١]

ج ـ إذا كان عالما بالماء وظن أنه قد نفذ فتيمم وصلى أعاد عند الحنفية اتفاقا، وكذلك عند المالكية والأصح عند الشافعية وعند الحنابلة، لأن القدرة على الاستعمال ثابتة بعلمه فلا ينعدم بظنه، وعليه التحري، فإذا لم يفعل لا يجزئه التيمم ولأنه كان عالما به وظهر خطأ الظن.

ومقابل الأصح أنه لا إعادة عليه، لأن ذلك عذر حال بينه وبين الماء فسقط الفرض بالتيمم قاله الشافعي في القديم.[٢]

ب ـ الصلاة:

أولا: الخطأ في النية:

ومن صوره:

١٩ ـ الصورة الأولى: الخطأ فيما لا يشترط له التعيين لا يضر قاله ابن نجيم.[٣]

وقال السيوطي: ما لا يشترط له التعرض

(١) حاشية الدسوقي ١/١٥٩، ١٦٠، شرح الخرشي ١/١٩٧ والمهذب ١/٣٤، المجموع ١/٢٦٦ وكشاف القناع ١/١٦٩

(٢) المبسوط ١/١٢٢، حاشية رد المحتار ١/٢٥٠، وحاشية العدوي على الخرشي ١/١٩٧، الشرح الصغير ١/١٩٠، ١٩١ والمجموع ٢/٢٦٤ وكشاف القناع ١/١٧٠

(٣) الأشباه والنظائر ص٣٤

جملة وتفصيلا إذا عينه وأخطأ لم يضر[١] ومن أمثلتها عندهما:

١ - تعيين مكان الصلاة وزمانها وعدد الركعات، فلو عين عدد ركعات الظهر ثلاثا أو خمسا صح، لأن التعيين ليس بشرط، فالخطأ فيه لا يضر وتلغو نية التعيين. وهو قول المالكية.[٢]

وقال الحنابلة: لا يشترط ذكر عدد الركعات، لكن إن نوى الظهر ثلاثا أو خمسا لم تصح لتلاعبه.[٣]

٢ - وإذا عين الإمام من يصلي به فبان غيره لا يضر، وقال الحنابلة في الرواية المقابلة للأصح تضر، والرواية الأخرى وهي الأصح: لا تضر.[٤] وقال المالكية: لا يجب على الإمام أن ينوي الإمامة.[٥]

٣ - وإذا عين الأداء فبان أن الوقت قد خرج أو القضاء، فبان أنه باق فصلاته صحيحة، وهو قول المالكية.[٦] وقال الحنابلة يصح قضاء بنية أداء وعكسه إذا بان خلاف ظنه، ولا يصح مع العلم.[٧]

٢٠ - الصورة الثانية: وعبر عنها ابن نجيم

(١) الأشباه والنظائر ص١٥، ١٦
(٢) الشرح الصغير ١/٣٠٥، الدسوقي ١/٢٣٥
(٣) كشاف القناع ١/٣١٤
(٤) كشاف القناع ١/٣١٩
(٥) حاشية الدسوقي ١/٣٣٨ - الخرشي ١/٢٦٨
(٦) الشرح الصغير ١/٣٠٥
(٧) كشاف القناع ١/٣١٥

بقوله: وأما ما يشترط فيه التعيين فالخطأ فيه يضر.[١]

وقال السيوطي: ما يشترط فيه التعيين فالخطأ فيه مبطل، وما يجب التعرض له جملة ولا يشترط تعيينه تفصيلا إذا عينه وأخطأ ضر.[٢]

ومن أمثلتها عندهما:

١ - الخطأ من صلاة الظهر الى العصر فإنه يضر. وكذلك الحكم عند الحنابلة.[٣]

وعند المالكية قال الخرشي: إن خالفت نيته لفظه، فالعبرة بالنية دون اللفظ، كناوي ظهر تلفظ بعصر مثلا، وهذا إذا تخالفا سهوا، وأما إن فعله متعمدا فهو متلاعب، ونقل عن الإرشاد أن الأحوط الإعادة أي فيما إذا فعل ذلك سهوا، قال الشيخ زروق في شرحه: للخلاف في الشبهة إذ يحتمل تعلق النية بما سبق إليه لسانه.[٤]

٢ - وكذلك إذا نوى الاقتداء بزيد فإذا هو عمرو لم تصح صلاته.

وهو قول الحنابلة.[٥] وقال المالكية: لو

(١) الأشباه والنظائر ص٣٤
(٢) الأشباه والنظائر ص١٥، ١٦
(٣) كشاف القناع ١/٣١٤
(٤) الخرشي ١/٢٦٦
(٥) كشاف القناع ١/٣١٩

اقتـدى شخص بمن يصـلي إماما بمسجد معين ولا يدري من هو، فإن صلاتـه صحيحة، وكذا إن اعتقد أنه زيد فتبين أنه عمرو فيما يظهر، إلا أن تكون نيته الاقتداء به إن كان زيدا لا إن كان عمـرا، فإن صلاتـه تبطـل، ولـو تبـين أنـه زيد لتردده في النية. (١)

٣ - الخطأ في تعيـين الميت في صلاة الجنـازة بأن نوى الصـلاة على زيـد فبـان غيره، أو نوى الصـلاة على الميت الـذكـر فتبين أنـه أنثى، أو عكسه، فإنه يضر ولا تصح الصلاة.

ووافقهـا المالكية في الصورتين، والحنابلة في الصـورة الأولى، فقـالوا: إن نوى الصلاة على معـين من موتى يريـد به زيدا فبان غيره جزم أبو المعـالي أنهـا لا تصح، وقالوا بالصحة في الصورة الثـانيـة، فلو نوى الصلاة على هذا الرجل فبان امـرأة أو عكســه، بأن نوى هذه المـرأة فبـانت رجـلا، قالوا فالقياس الإجزاء لقوة التعيين على الصفة في باب الأيمان وغيرها. (٢)

٤ - لو نوى قضـاء ظهـر يوم الإثنـين وكـان عليه ظهر يوم الثلاثاء لم يجزئه عند الحنفية والشافعية. (٣)

ولا يضـر عنـد المـالكيـة لأنـه لا ينوي الأيام اتفاقا، وقالوا: إن المشهور عدم وجوب نية القضاء

(١) شرح الزرقاني ٢/٢٤

(٢) كشاف القناع ٢/١٨٨

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٤، وللسيوطي ص١٦

والأداء وكذا ذكر اليوم الذي هو فيه. (١)

وقال الحنابلة: لو كان الظهران فائتتين فنوى ظهـرا منهـما ولم يعينهـا لم تجزه الظهـر التي صلاها عن إحـداهما، حتى يعـين السابقة لأجل اعتبار الـترتيب بين الفـوائت. (٢) قالوا: لو كانت عليه صلوات فصلى أربعـا ينـوي بها مما عليـه، فإنه لا يجزئه إجماعا، فلولا اشتراط التعيين لأجزأه. (٣)

وقـال ابن قدامـة: وإن ظن أن عليـه ظهـرا فائتة فقضاها في وقت ظهر اليوم، ثم تبين أنه لا قضاء عليه فهل يجزئه عن ظهر اليوم؟ يحتمل وجهين:

أحدهما يجزئه لأن الصلاة معينة، وإنما أخطأ في نية الوقت فلم يؤثر، كما إذا اعتقد أن الوقت قد خرج فبـان أنـه لم يخرج، أو كما لو نوى ظهـر أمس وعليه ظهر يوم قبله.

والثـاني: لا يجزئـه، لأنه لم ينو عين الصلاة، فأشبه ما لو نوى قضاء عصر لم يجزه عن الظهر. (٤)

الصورة الثالثة: الخطأ في الاعتقاد دون التعيين:

٢١ - ومثل لها السيوطي بجملة أمثلة منها:

(١) مواهب الجليل ١/٥١٦، ٥١٧

(٢) كشاف القناع ١/٣١٥

(٣) كشاف القناع ١/٣١٤

(٤) المغني ١/٤٠٩

١ ـ لو أدى الظهر في وقتها معتقدا أنه يوم الإثنين فكان الثلاثاء صح.

٢ ـ ولو غلط في الأذان فظن أنه يؤذن للظهر وكانت العصر، قال: لا أعلم فيه نقلا وينبغي أن يصح لأن المقصود الإعلام ممن هو أهله[1] وقد حصل.

وهذه الأمثلة أو بعضها مذكورة في المذاهب الأخرى.

فعند الحنفية قال ابن نجيم: لو نوى قضاء ما عليه من الصوم وهو يظنه يوم الخميس وهو غيره جاز.[2]

وعند المالكية: قال الزرقاني إن اعتقد أنه زيد أي: الإمام فتبين أنه عمرو، فإن صلاته صحيحة.[3] ونحوه عند الحنابلة.[4]

ثانيا: الخطأ في دخول الوقت:

٢٢ ـ من صلى قبل الوقت كل الصلاة أو بعضها لم تجز صلاته اتفاقا، سواء فعله عمدا أو خطأ، لأن الوقت كما هو سبب لوجوب الصلاة فهو شرط لصحتها.

قال الله تعالى: ﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا﴾[5] أي فرضا مؤقتا حتى لا يجوز أداء الفرض قبل وقته، ولأن الصلاة فرضت لأوقاتها قال الله تعالى: ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس إلى غسق الليل وقرآن الفجر، إن قرآن الفجر كان مشهودا. ومن الليل فتهجد به نافلة لك عسى أن يبعثك ربك مقاما محمودا﴾[1]

ولهذا تكرر وجوبها بتكرر الوقت، وتؤدى في مواقيتها. فلو شك في دخول وقت العبادة فأتى بها، فبان أنه فعلها قبل الوقت لم يجزه، قال المالكية: لا يجزئه، ولو تبين أنها وقعت فيه لتردد النية وعدم تيقن براءة الذمة.

واشترط الشافعية معرفة دخول الوقت يقينا بأن شاهد الشمس غاربة، أو ظنا بأن اجتهد لغيم أو نحوه، فمن صلى بدون ذلك لم تصح صلاته وإن وقعت في الوقت.

وقال الحنابلة: إذا غلب على ظنه دخول وقت الصلاة تصح صلاته، ولا يشترط له أن يتيقن دخوله في ظاهر المذهب. فإن صلى مع غلبة الظن بدخول الوقت، ثم تبين أنه صلى قبل الوقت أعاد اتفاقا.[2]

---

(١) الأشباه والنظائر ص١٧، المجموع ١/٣٣٦
(٢) الأشباه والنظائر ص٣٤
(٣) شرح الزرقاني ٢/٢٤
(٤) كشاف القناع ١/٣١٩
(٥) سورة النساء/١٠٣

---

(١) سورة الإسراء ٧٨، وما بعدها
(٢) البدائع ١/٣٤٩ والمبسوط ١/١٤١، ١٥٤ وحاشية رد المحتار ١/٣٧٠ وشرح الخرشي ١/٢١٧ وحاشية العدوي عليه وحاشية الجمل ١/٤٠٧، والقواعد والفوائد الأصولية ص٩٠، والمغني ١/٣٥٠ وقواعد ابن رجب ص٣٧٠، ٣٧١، وكشاف القناع ١/٢٤٩، ٢٥٧، ٢٥٨

ثالثا : الخطأ في القبلة :

٢٣ ـ استقبال القبلة شرط لصحة الصلاة.

فإن صلى ثم تيقن الخطأ في القبلة:

فقد قال الحنفية: يتحرى المصلي لاشتباه القبلة وعدم المخبر بها، ولم يعد الصلاة إن أخطأ لأن التكليف بحسب الوسع، ولا وسع في إصابة الجهة حقيقة، فصارت جهة التحري هنا كجهة الكعبة للغائب عنها، وقد قيل في قوله تعالى: ﴿فأينما تولوا فثم وجه الله﴾[1] أي قبلة الله نزلت في الصلاة حال الاشتباه، ولو علم خطأه في الصلاة، أو تحول رأيه بعد الشروع فيها بالتحري استدار في الأول إلى جهة الصواب وفي الثاني إلى جهة تحول رأيه إليها.[2]

٢٤ ـ وقال المالكية لو صلى إلى جهة اجتهاده ثم تبين خطؤه، فإن كان تحريه مع ظهور العلامات أعاد في الوقت إن استدبر، وكذا لو شرق أو غرب، وإن كان مع عدم ظهورها فلا إعادة.[3]

٢٥ ـ وقال الشافعية: إن صلى ثم تيقن الخطأ ففيه قولان: الأول يلزمه أن يعيد، لأنه تعين له يقين الخطأ فيما يأمن مثله في القضاء فلم يعتد بما مضى، كالحاكم إذا حكم ثم وجد النص بخلافه، والثاني لا يلزمه لأنه جهة تجوز الصلاة إليها بالاجتهاد فأشبه إذا لم يتيقن الخطأ. وإن صلى إلى جهة ثم رأى القبلة في يمينها أو شمالها لم يعد، لأن الخطأ في اليمين والشمال لا يعلم قطعا فلا ينتقض بالاجتهاد.[1]

٢٦ ـ وقال الحنابلة: إذا صلى بالاجتهاد إلى جهة، ثم علم أنه قد أخطأ القبلة لم يكن عليه إعادة.[2] وقالوا: إذا صلى البصير في حضر فأخطأ، أو صلى الأعمى بلا دليل بأن لم يستخبر من يخبره ولم يلمس المحراب ونحوه مما يمكن أن يعرف به القبلة أعادا ولو أصابا، أو اجتهد البصير، لأن الحضر ليس بمحل اجتهاد لقدرة من فيه على الاستدلال بالمحاريب ونحوها، ولوجود من يخبره عن يقين غالبا، وإنما وجبت الإعادة عليهما لتفريطهما بعدم الاستخبار أو الاستدلال بالمحاريب.[3]

رابعا: الخطأ في القراءة:

٢٧ ـ قال الحنفية: خطأ القارىء إما في الإعراب، أو في الحروف، أو في الكلمات، أو الآيات، وفي الحروف إما بوضع حرف مكان آخر أو تقديمه، أو تأخيره، أو زيادته، أو نقصه.

أما الإعراب فإن لم يغير المعنى لا تفسد الصلاة، لأن تغييره خطأ لا يستطاع الاحتراز

---

(١) سورة البقرة/١١٥

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام ١/٦١

(٣) شرح الخرشي ١/٢٥٧، القوانين الفقهية ٤٢

(١) المجموع ٣/٢٢٢، ٢٢٥

(٢) المغني ١/٣٩٥

(٣) كشاف القناع ١/٣١١

عنه فيعذر، وإن غير المعنى تغييرا فاحشا مما اعتقاده كفر، مثل البارىء المصور - بفتح الواو - و﴿إنما يخشى الله من عباده العلماء﴾[1] برفع اسم الجلالة ونصب العلماء - فسدت في قول المتقدمين، واختلف المتأخرون: فقال جماعة منهم: لا تفسد. وما قاله المتقدمون أحوط، لأنه لو تعمد يكون كفرا، وما يكون كفرا لا يكون من القرآن، فيكون متكلما بكلام الناس الكفار غلطا وهو مفسد، كما لو تكلم بكلام الناس ساهيا مما ليس بكفر فكيف وهو كفر، وقول المتأخرين أوسع، لأن الناس لا يميزون بين وجوه الإعراب.

ويتصل بهذا تخفيف المشدد، وعامة المشايخ على أن ترك المد والتشديد كالخطأ في الإعراب، فلذا قال كثير بالفساد في تخفيف - رب العالمين - و- إياك نعبد - والأصح لا تفسد.

وأما في الحروف فإذا وضع حرفا مكان غيره فإما أن يكون خطأ أو عجزا، فالأول إن لم يغير المعنى وكان مثله موجودا في القرآن نحو - إن المسلمون - لا تفسد، وإن لم يغير وليس مثله في القرآن نحو - قيامين بالقسط - والتيابين - والحي القيام - لم تفسد عندهما، وعند أبي يوسف تفسد. وإن غير المعنى فسدت عندهما وعند أبي يوسف إن لم يكن مثله في القرآن. فلو قرأ أصحاب الشعير - بشين معجمة فسدت اتفاقا - فالعبرة في عدم الفساد عندهما بعدم تغير المعنى - وعند أبي يوسف العبرة بوجود المثل في القرآن.[1]

وأما التقديم والتأخير فإن غير، نحو قوسرة في قسورة فسدت، وإن لم يغير لا تفسد عند محمد خلافا لأبي يوسف.

وأما الزيادة ومنها فك المدغم، فإن لم يغير نحو (وانْها عن المنكر) بالألف (ورادِدُوه إليك) لا تفسد عند عامة المشايخ، وعن أبي يوسف روايتان. وإن غير نحو (زرابيب) مكان (زرابي) (والقرآن الحكيم وإنك لمن المرسلين) (وإن سعيكم لشتى) بزيادة الواو في الموضعين تفسد.

وكذا النقصان إن لم يغير لا تفسد نحو (جاءهم) مكان (جاءتهم) وإن غير فسد نحو (والنهار إذا تجلى ما خلق الذكر والأنثى) بلا واو.

أما الكلمة مكان الكلمة فإن تقاربا معنى، ومثله في القرآن كالحكيم مكان العليم، لم تفسد اتفاقا، وإن لم يوجد المثل كالفاجر مكان الأثيم فكذلك عندهما، وعن أبي يوسف روايتان، فلو لم يتقاربا ولا مثل له فسدت اتفاقا إذا لم يكن ذكرا، وإن كان في القرآن وهو مما اعتقاده كفر كغافلين في ﴿إنا كنا فاعلين﴾ فعامة المشايخ على أنها تفسد اتفاقا.

---

(١) سورة فاطر/٢٨

(١) شرح فتح القدير ١/٣٢٢، ٣٢٣

وأما التقديم والتأخير فإن لم يغير لم تفسد نحو (فأنبتنا فيها عنبا وحبا)، وإن غير فسدت نحو اليسر مكان العسر وعكسه.

وأما الزيادة فإن لم تغير وهي في القرآن نحو (وبالوالدين إحسانا وبرا) لا تفسد في قولهم، وإن غيرت فسدت الصلاة لأنه لو تعمده كفر، فإذا أخطأ فيه أفسد.[1]

مذهب المالكية :

٢٨ - بحث المالكية هذه المسألة في صلاة المقتدي باللاحن.

فقال الخرشي : قيل: تبطل صلاة المقتدي بلاحن[2] مطلقا، أي في الفاتحة أو غيرها، سواء غير المعنى ككسر كاف إياك وضم تاء أنعمت أم لا، وجد غيره أم لا، إن لم تستو حالتهما أو إن كان لحنه في الفاتحة دون غيرها؟ قولان. ثم قال: ومحل الخلاف فيمن عجز عن تعلم الصواب لضيق الوقت أو لعدم من يعلمه مع قبول التعليم، أو ائتم به من ليس مثله لعدم وجود غيره. وأما من تعمد اللحن فصلاته وصلاة من اقتدى به باطلة بلا نزاع، لأنه أتى بكلمة أجنبية في صلاته، ومن فعله ساهيا لا تبطل صلاته ولا صلاة من اقتدى به قطعا بمنزلة من سها عن كلمة فأكثر في الفاتحة أو غيرها.

وإن فعل ذلك عجزا بأن لا يقبل التعليم فصلاته وصلاة من اقتدى به صحيحة أيضا قطعا، لأنه بمنزلة الألكنة، وسواء وجد من ائتم به أو لا.

وإن كان عجزه لضيق الوقت أو لعدم من يعلمه مع قبوله التعليم، فإن كان مع وجود من يأتم به، فإن صلاته وصلاة من ائتم به باطلة سواء أكان مثل الإمام في اللحن أم لا، وإن لم يجد من يأتم به فصلاته وصلاة من اقتدى به صحيحة إن كان مثله، وإن لم يكن مثله بأن كان ينطق بالصواب في كل قراءته، أو صوابه أكثر من صواب إمامه فإنه محل خلاف.

وهل تبطل صلاة المقتدي بغير مميز بين ضاد وظاء ما لم تستو حالتهما؟ قال بالبطلان: ابن أبي زيد والقابسي وصححه ابن يونس وعبدالحق. وأما صلاته هو فصحيحة، إلا أن يترك ذلك عمدا مع القدرة عليه. ثم قال: وظاهره جريان هذا الخلاف فيمن لم يميز بين الضاد والظاء في الفاتحة وغيرها، وفي المواق تقييده بمن لم يميز بين الضاد والظاء بينهما في الفاتحة، وذكر الحطاب والناصر اللقاني ما يفيد أن الراجح صحة الاقتداء بمن لم يميز بينهما، وحكى المواق الاتفاق عليه، وحكم من لم يميز بين الضاد

---

(١) شرح فتح القدير ١/٣٢٣، ٣٢٤

(٢) اللاحن من اللحن، وهو: الخطأ في الإعراب، أو الخروج عن طريق العرب في استعمال الألفاظ.

والسين كمن لم يميز بين الضاد والظاء، وكذا بين الزاي والسين.[١]

٢٩ ـ وقال الشافعية: يصح الاقتداء بلاحن بما لا يغير المعنى كضم الهاء في «لله» فإن غير معنى في الفاتحة كأنعمت بضم أو كسر ولم يحسن اللاحن الفاتحة فكأمي لا يصح اقتداء القارىء به أمكنه التعلم أو لا، ولا صلاته إن أمكنه التعلم وإلا صحت كاقتدائه بمثله، فإن أحسن اللاحن الفاتحة وتعمد اللحن أو سبق لسانه إليه ولم يعد القراءة على الصواب في الثانية لم تصح صلاته مطلقا ولا الاقتداء به عند العلم بحاله، أو في غير الفاتحة كجر اللام في قوله (إن الله بريء من المشركين ورسوله)[٢] صحت صلاته وصلاة المقتدي به حال كونه عاجزا عن التعلم، أو جاهلا بالتحريم، أو ناسيا كونه في الصلاة.[٣]

٣٠ ـ وقال الحنابلة: لا تصح إمامة الأمي وهو من لا يحسن الفاتحة أو يدغم منها حرفا لا يدغم، أو يلحن فيها لحنا يحيل المعنى كفتح همزة اهدنا، لأنه يصير بمعنى طلب الهدية لا الهداية، وضم تاء أنعمت وكسرها وكسر كاف إياك، فإن لم يحل المعنى كفتح دال نعبد ونون نستعين فليس أميا وإن أتى باللحن المحيل

(١) شرح الخرشي ٢/٢٥، ٢٦

(٢) سورة التوبة/٣

(٣) شرح المنهج وحاشية الجمل عليه ١/٥٢٧

للمعنى مع القدرة على إصلاحه لم تصح صلاته لأنه أخرجه عن كونه قرآنا فهو كسائر الكلام، وحكمه حكم غيره من الكلام، وإن عجز عن إصلاح اللحن المحيل للمعنى قرأه في فرض القراءة لحديث: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم»[١] وما زاد عن الفاتحة تبطل الصلاة بعمده.[٢]

خامسا: الكلام في الصلاة خطأ:

٣١ ـ إن أراد المصلي قراءة أو ذكرا فجرى على لسانه كلام الناس قال في المبسوط: فإن تكلم في صلاته ناسيا أو عامدا مخطئا أو قاصدا استقبل الصلاة لحديث «وليبن على صلاته ما لم يتكلم»[٣] فدل أن بعد الكلام لا يجوز البناء قط[٤] ولحديث معاوية بن الحكم قال: «إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس».[٥] هذا عند الحنفية، أما عند غيرهم

(١) حديث: «إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه...» أخرجه البخاري (الفتح ١٣/٢٥١ ـ ط السلفية) ومسلم (٢/٩٧٥ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(٢) كشاف القناع ١/٤٨٠، ٤٨١

(٣) حديث: «وليبن على صلاته ما لم يتكلم». أخرجه الدارقطني (١/١٥٦ ـ ط دار المحاسن) من حديث علي بن أبي طالب موقوفا عليه.

(٤) المبسوط ١/١٧٠، ١٧١، حاشية رد المحتار ١/٦١٤، ٦١٥

(٥) حديث: «إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس». أخرجه مسلم (١/٣٨١ ـ ٣٨٢ ـ ط الحلبي).

فإنهم فرقوا بين يسير الكلام وكثيره وقالوا: إن اليسير منه خطأ لا يفسد الصلاة ويفسدها الكلام الكثير.[١] وتفصيله يرجع إليه في مصطلح (صلاة).

سادسا: شك الإمام في الصلاة:

٣٢ - إن سها الإمام في صلاته فسبح اثنان يثق الإمام بقولهما لزمه قبوله والرجوع إليه سواء غلب على ظنه صوابهما أو خطؤهما، وهو قول الأئمة الثلاثة.[٢]

واستدلوا بأن النبي ﷺ رجع إلى قول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما في حديث ذي اليدين لما سألهما «أحق ما يقول ذو اليدين».[٣] فقالا نعم. مع أنه كان شاكا بدليل أنه أنكر ما قال ذو اليدين وسألهما عن صحة قوله.[٤]

وقال الشافعي: إن غلب على ظنه خطؤهما لم يعمل بقولهما.[٥] لأن من شك في فعل نفسه لم يرجع فيه إلى قول غيره.[٦]

(١) الفواكه الدواني ١/٢٦١، حاشية الشرقاوي على التحرير ١/٢١٨، المغني ٢/٤٣

(٢) حاشية رد المحتار ٢/٩٤، شرح الزرقاني ١/٢٤٤، المغني ٢/١٨

(٣) حديث: «ذي اليدين». أخرجه البخاري (الفتح ٣/٩٦ - ط السلفية)

(٤) المغني ٢/١٨

(٥) المجموع ٤/٢٣٩

(٦) المجموع ٤/٢٣٨

أما إذا تيقن الإمام من صوابه وخطأ المأمومين لم يجز له متابعتهم، وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الصحيح عندهم وجمهور الحنابلة.

وذهب بعض الشافعية وهو قول أبي علي الطبري وصححه المتولي وهو قول أبي الخطاب من الحنابلة: إلى أن المخبرين إذا كانوا كثيرين كثرة ظاهرة بحيث يبعد اجتماعهم على الخطأ لزمه الرجوع إلى قولهم كالحاكم يحكم بالشاهدين ويترك يقين نفسه.[١]

سابعا: الخطأ في صلاة الخوف:

٣٣ - رأى المسلمون في حالة الخوف سوادا فظنوه خطأ عدوا وصلوا صلاة شدة الخوف، ثم بان أنه لم يكن عدوا، أو كان بينهم وبين العدو حائل لا يمكنه الوصول إليهم اختلفوا في هذه المسألة على قولين:

الأول: تلزمهم إعادة الصلاة وهو مذهب الحنفية والحنابلة[٢] وقول عند الشافعية وصححه النووي[٣] لأنه لم يوجد المبيح فأشبه من ظن الطهارة ثم علم بحدثه، وسواء استند الظن

(١) المجموع ٤/٢٣٩، المغني ٢/١٨، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ٢/٩٤، شرح الزرقاني ١/٢٤٤

(٢) حاشية رد المحتار ٢/١٨٦، كشاف القناع ٢/٢٠

(٣) المجموع ٤/٤٣٢

لخبر ثقة أو غيره،[١] ولأنهم تيقنوا الغلط في القبلة.[٢]

الثاني: لا يعيدون وتجزؤهم صلاتهم وهو مذهب المالكية.[٣] والقول الثاني عند الشافعية لوجود الخوف حال الصلاة.[٤]

جـ ـ الزكاة:

أولا: الخطأ في الخرص:

٣٤ ـ قال المالكية: إذا خرص الثمرة فوجدت أكثر مما خرص يأخذ زكاة الزائد، قيل: وجوبا، وقيل: استحبابا، ومن قال بالوجوب حمله على الحاكم يحكم ثم يظهر أنه خطأ صراح، ومن قال بالاستحباب حمله على التعليل بقلة إصابة الخراص.

أما إذا ثبت نقص الثمرة، فإن ثبت النقص بالبينة العادلة عمل بها، وإلا لم تنقص الزكاة، ولا يقبل قول ربها في نقصها لاحتمال كون النقص منه. ولو تحقق أن النقص من خطأ الخارص نقصت الزكاة.[٥]

وهذه المسألة مبنية على قاعدة ـ الواجب الاجتهاد أو الإصابة.[٦]

(١) كشاف القناع ٢/٢٠
(٢) المجموع ٤/٤٣٢
(٣) شرح الزرقاني ٢/٧١
(٤) المجموع ٤/٤٣٢
(٥) شرح الخرشي ٢/١٧٦
(٦) إيضاح المسالك ـ القاعدة الثامنة ص١٥١

٣٥ ـ وقال الشافعية: إن ادعى المالك أن الخارص أخطأ أو غلط فإن لم يبين القدر لم تسمع دعواه بلا خلاف. وإن بينه، وكان يحتمل الغلط في مثله كخمسة أوسق في مائة قبل قوله، وحط عنه ما ادعاه، فإن اتهمه حلفه، وفي اليمين وجهان: أصحهما مستحبة. هذا إذا كان المدعى فوق ما يقع بين الكيلين، أما إذا ادعى بعد الكيل غلطا يسيرا في الخرص بقدر ما يقع بين الكيلين كصاع من مائة فهل يحط منه وجهان: أصحهما. لا يقبل لأنه لم يتحقق النقص لاحتمال أنه وقع في الكيل، ولو كيل ثانيا لوفى. والثاني: يقبل ويحط عنه، لأن الكيل تعين والخرص تخمين فالإحالة عليه أولى.

أما إذا ادعى نقصا فاحشا لا يجوز أهل الخبرة وقوع مثله غلطا فلا يقبل قوله في حط جميعه بلا خلاف، وهل يقبل في حط الممكن فيه وجهان، أصحهما يقبل.[١]

٣٦ ـ وقال الحنابلة: إن ادعى رب المال غلط الخارص وكان ما ادعاه محتملا قبل قوله بغير يمين، وإن لم يكن محتملا مثل أن يدعي غلط النصف أو نحوه لم يقبل منه، لأنه لا يحتمل فيعلم كذبه، وإن قال لم يحصل في يدي غير هذا

(١) المجموع ٤/٤٨٦، فتح العزيز شرح الوجيز مطبوع مع المجموع ٥/٥٩١، ٥٩٢

قبل منه بغير يمين، لأنه قد يتلف بعضها بآفة لا نعلمها.[١]

ثانيا: الخطأ في مصرف الزكاة:

٣٧ - إذا دفع الزكاة لمن ظنه من أهلها فبان خطؤه اختلف فيه على قولين:

الأول: يجزئه ولا تجب عليه الإعادة وهو قول أبي حنيفة ومحمد ومقابل الصحيح عند الشافعية ومالك إذا كان الدافع هو السلطان أو الوصي أو مقدم القاضي وتعذر ردها.[٢]

واستدلوا بحديث معن بن يزيد قال: «بايعت رسول الله ﷺ أنا وأبي وجدي، وخطب علي فأنكحني وخاصمت إليه»، وكان أبي يزيد أخرج دنانير يتصدق بها فوضعها عند رجل في المسجد فجئت فأخذتها فأتيته بها فقال: والله ما إياك أردت، فخاصمته إلى رسول الله ﷺ، فقال: «لك ما نويت يايزيد، ولك ما أخذت يامعن»[٣] فجوزﷺ ذلك ولم يستفسر أن الصدقة كانت فريضة أو تطوعا، وذلك يدل على أن

(١) المغني ٢/٥٩٠

(٢) شرح فتح القدير ٢/٢٧٥ والشرح الصغير وحاشية الصاوي ١/٦٦٨، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ١٥١ والمنثور في القواعد ٢/١٢٣، المجموع ٦/٢٣٠، ٢٣١

(٣) حديث معن بن يزيد: «لك مانويت يايزيد». أخرجه البخاري (الفتح ٣/٢٩١ - ط السلفية).

الحال لا تختلف، أو لأن مطلق الصدقة ينصرف إلى الفريضة، ولأن الوقوف على هذه الأشياء إنما هو بالاجتهاد لا القطع فيبنى الأمر على ما يقع عنده كما إذا اشتبهت عليه القبلة، ولو فرض تكرر خطئه فتكررت الإعادة أفضى إلى الحرج لإخراج كل ماله وليس كذلك الزكاة خصوصا مع كون الحرج مدفوعا عموما.

والقول الآخر: لا يجزئه وهو قول أبي يوسف إلا أنه قال لا يسترده.[١] وهو قول مالك أيضا إذا كان الدافع هو رب المال.[٢] وهو الصحيح عند الشافعية إن كان الدافع هو الإمام ويسترجع من المدفوع إلا أن يتعذر الاسترجاع من القابض فلا ضمان، وإن كان الدافع هو رب المال لم يجز عن الفرض، فإن لم يكن بيّن أنها زكاة لم يرجع، وإن بيّن رجع في عينها فإن تلفت ففي بدلها، فإن تعذر الاسترجاع ففي الضمان وإخراج بدلها قولان: قال النووي: المذهب أنها لا تجزئه ويلزمه الإخراج.[٣]

وهو قول الحنابلة في غير من ظنه فقيرا فبان غنيا وقالوا: يستردها ربها بزيادتها مطلقا سواء كانت متصلة أم منفصلة.[٤]

(١) شرح فتح القدير ٢/٢٧٥

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١/٥٥٨، إيضاح المسالك ١٥١

(٣) المنثور في القواعد ٢/١٢٣، المجموع ٦/٢٣٠، ٢٣١

(٤) كشاف القناع ٢/٢٩٤، القواعد لابن رجب ٢٣٢

واستدل أصحاب هذا القول: بأنه ظهر خطؤه بيقين، وكان بإمكانه الوقوف على مدى استحقاقه أو عدمه فصار كالأواني والثياب، فإذا تحرى في الأواني الطاهرة المختلطة بالنجسة وتوضأ ثم ظهر له الخطأ يعيد الوضوء، وكذلك الثياب إذا صلى في ثوب منها بالتحري ثم ظهر خطؤه أعاد الصلاة، ومثله إذا قضى القاضي باجتهاده ثم ظهر نص بخلافه. [1] ولأنه ظهر له أنه ليس بمستحق وهو لا يخفى حاله غالبا فلم يعذر كدين الآدمي. [2]

وفرق الحنابلة بين دفعها خطأ إلى من لا يستحقها لكفر أو شرف، وبين دفعها لمن ظنه فقيرا فبان غنيا، فقالوا: لا تجزىء إذا دفعها للكافر أو لمن لا يستحقها لكونه هاشميا، وله حق استرداد ما دفع. لأن المقصود إبراء الذمة بالزكاة ولم يحصل لدفعها للكافر، فيملك الرجوع بخلاف دفعها للغني فإن المقصود الثواب ولم يفت. [3]

ووجه قول أبي يوسف في عدم الاسترداد أن فساد جهة الزكاة لا ينقض الأداء. [4]

(١) شرح فتح القدير ٢/٢٧٥، ٢٧٦
(٢) كشاف القناع ٢/٢٩٤
(٣) كشاف القناع ٢/٢٩٥
(٤) شرح فتح القدير ٢/٢٧٥

د ـ الصوم :

أولا : الخطأ في صفة نية صوم رمضان :

٣٨ ـ ذهب الحنفية، وهو وجه عند المالكية، وقول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة[1] إلى أنه إذا أطلق الصائم نية الصوم في أداء رمضان، أو نوى النفل أو وصفه وأخطأ الوصف صح صومه.

قال في الدرر: وصح الصوم بمطلقها أي النية، وبنية النفل، وبخطأ الوصف في أداء رمضان لما تقرر في الأصول من أن الوقت متعين لصوم رمضان، والإطلاق في المتعين تعيين، والخطأ في الوصف لما بطل بقي أصل النية فكان في حكم المطلق، نظيره المتوحد في الدار إذا نودي بيا رجل أو باسم غير اسمه يراد به ذلك بخلاف قضاء رمضان حيث لا تعيين في وقته إلا إذا وقعت النية من مريض أو مسافر حيث يحتاج حينئذ إلى التعيين ولا يقع عن رمضان. [2]

وفي المسألة تفصيل ينظر في (صوم، نية).

ثانيا : الخطأ في الإفطار :

٣٩ ـ من كان ذاكرا للصوم فأفطر من غير قصد

(١) درر الحكام شرح غرر الاحكام ١/١٩٧، ١٩٨، شرح فتح القدير ٢/٣٠٨، ٣٠٩، المبسوط ٣/٦٠، ٦١ والبدائع ٢/٩٩٢ ـ ٩٩٤، والمنتقى ٢/٤١، والمجموع ٦/٢٩٤، ٢٩٥، والمغني ٣/٨٧
(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام ١/١٩٧، ١٩٨

كما إذا تمضمض فدخل الماء في حلقه فعند الحنفية والمالكية والشافعية في قول: يبطل الصوم ويلزم القضاء دون الكفارة، لأن الخطأ عذر لا يغلب وجوده بخلاف النسيان فإنه عذر غالب، ولأن الوصول إلى الجوف مع التذكر في الخطأ ليس إلا لتقصير في الاحتراز فيناسب الفساد، إذ فيه نوع إضافة إليه بخلاف النسيان.[1]

ومذهب الحنابلة وقول عند الشافعية: عدم البطلان مطلقا، لأنه وصل إلى جوفه بغير اختياره فلم يبطل صومه كغبار الطريق وغربلة الدقيق والذباب.[2]

والصحيح عند الشافعية أنه إن بالغ أفطر وإلا فلا، لأن النبي ﷺ قال للقيط بن صبرة «بالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائما»[3] فنهاه عن المبالغة، فلو لم يكن وصول الماء في المبالغة يبطل صومه لم يكن للنهي عن المبالغة معنى، ولأن المبالغة منهي عنها في الصوم، وما تولد من سبب منهي عنه فهو كالمباشرة، والدليل عليه أنه

(١) شرح فتح القدير ٣٢٨/٢، بدائع الصنائع ١٠٢٤/٢، حاشية رد المحتار ٤٠٦/٢، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢٠٢/١ والشرح الصغير ٧٠٩/١، والمجموع ٣٢٦/٦

(٢) كشاف القناع ٣٢١/٢ والمجموع ٣٢٦/٦

(٣) حديث: «لقيط بن صبرة: «بالغ في الاستنشاق». أخرجه الترمذي (١٤٦/٣ - ط الحلبي) وقال: «حسن صحيح».

إذا جرح إنسانا فمات جعل كأنه باشر قتله.[1]

ثالثا: الخطأ في تعيين رمضان للأسير:

٤٠ - إن اشتبهت الشهور على أسير لزمه أن يتحرى ويصوم، فإن وافق صومه شهرا قبل رمضان، فقد ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الصحيح من القولين والحنابلة إلى عدم الإجزاء، لأنه أدى العبادة قبل وجود سبب وجوبها، فلم تجزه كمن صلى قبل الوقت ولأنه تعين له يقين الخطأ فيما يأمن مثله في القضاء فلم يعتد له بما فعله، كما لو تحرى في وقت الصلاة قبل الوقت.

ويرى بعض الشافعية أنه يجزئه، وقد ضعفه النووي.[2]

رابعا: الخطأ في الوقت:

٤١ - لو أكل الصائم أو جامع باجتهاد يظن أو يعتقد أن الوقت ليل فبان خلاف ذلك، فقد ذهب الحنفية والمالكية، والشافعية والحنابلة في غير الجماع على تفصيل سيأتي إلى أنه لو تسحر على ظن أن الفجر لم يطلع فإذا هو طالع، أو أفطر على ظن أن الشمس قد غربت فإذا هي لم

(١) المجموع ٣٢٦/٦

(٢) المبسوط ٥٩/٣ وشرح الخرشي ٢٤٥/٢ والمجموع ٢٨٤/٦ والمغني ١٤٦/٣، القواعد والفوائد الأصولية ص٩٠

تغرب، وكذا لو جامع ظانا بقاء الليل فبان خلاف ظنه وجب عليه القضاء ولا كفارة عليه، لأنه لم يفطر متعمدا بل مخطئا، ووجهوا قولهم بأن القضاء يثبت بمطلق الإفساد سواء كان صورة ومعنى، أو صورة لا معنى، أو معنى لا صورة، وسواء كان عمدا أو خطأ، وسواء كان بعذر أو بغير عذر، لأن القضاء يجب جبرا للفائت فيستدعي فوات الصوم لا غير، والفوات يحصل بمطلق الإفساد فتقع الحاجة الى الجبر بالقضاء ليقوم مقام الفائت فينجبر معنى، وأما الكفارة فيتعلق وجوبها بإفساد مخصوص وهو الإفطار الكامل بوجود الأكل أو الشرب أو الجماع صورة ومعنى متعمدا من غير عذر مبيح ولا مرخص ولا شبهة الإباحة.[1]

أما الجماع بلا عذر في نهار رمضان فقد قال الحنابلة: عليه القضاء والكفارة عامدا كان أو ساهيا أو جاهلا أو مخطئا، مختارا أو مكرها، لحديث أبي هريرة المتفق عليه «أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ فقال يارسول الله هلكت: قال مالك: قال: وقعت على امرأتي وأنا صائم».[2]

(١) بدائع الصنائع ٢/١٠٢٤، ١٠٣٠، والشرح الصغير ١/٧٠٣، ٧٠٦، ٧٠٧، المنتقى ٢/٦٣، ٦٥ والمنثور في القواعد ٢/١٢٢ والمجموع ٦/٣٢٨، والقواعد والفوائد الأصولية ص٨٥، كشاف القناع ٢/٣٢٣، ٣٢٤

(٢) حديث أبي هريرة: «أن رجلا جاء إلى النبي ﷺ =

قال البعلي: وحكى صاحب الرعاية رواية: لا قضاء على من جامع يعتقده ليلا فبان نهارا واختاره ابن تيمية.[1]

هـ - الحج:

أولا - الخطأ في يوم عرفة:

٤٢ - إذا أخطأ الناس فوقفوا في اليوم العاشر من ذي الحجة أجزأ وتم حجهم ولا قضاء، وهو مذهب الحنفية وقالوا: إن وقوفهم صحيح وحجتهم تامة استحسانا، والقياس أنه لا يصح. ووجه القياس أنهم وقفوا في غير وقت الوقوف فلا يجوز، كما لو تبين أنهم وقفوا يوم التروية ولا فرق بين التقديم والتأخير.[2]

ومذهب المالكية أنه إذا أخطأ في رؤية الهلال جماعة الموقف لا أكثرهم فوقفوا بعاشر ظنا منهم أنه اليوم التاسع وأن الليلة عقبه ليلة العاشر بأن غم عليهم ليلة الثلاثين من ذي القعدة فأكملوا العدة فإذا هو العاشر، والليلة عقبه ليلة الحادي عشر فيجزئهم، وعليهم دم، واحترز عن خطأ بعضهم ولو أكثرهم فوقف العاشر ظنا أنه التاسع مخالفا لظن غيره فلا يجزئه. ونقل اللخمي عن

= فقال...» أخرجه البخاري (الفتح ٤/١٦٣ - ط السلفية) ومسلم (٢/٧٨١ - ط الحلبي).

(١) كشاف القناع ٢/٣٢٣، ٣٢٤، والقواعد والفوائد الأصولية للبعلي ص٨٦

(٢) البدائع ٣/١٠٩٩

ابن القاسم عدم الإجزاء إذا وقفوا في العاشر.(١)

ومذهب الشافعية أنهم إن غلطوا بيوم واحد فوقفوا في اليوم العاشر من ذي الحجة أجزأهم وتم حجهم ولا قضاء، هذا إذا كان الحجيج على العادة، فإن قلوا أو جاءت طائفة يسيرة فظنت أنه يوم عرفة وأن الناس قد أفاضوا فوجهان مشهوران حكاهما المتولي والبغوي، وآخرون أصحهما لا يجزئهم، لأنهم مفرطون، ولأنه نادر يؤمن مثله في القضاء، والثاني يجزئهم كالجمع الكثير.(٢)

ومذهب الحنابلة أنه يجزىء أيضا.(٣) واستدلوا جميعا بحديث: «يوم عرفة اليوم الذي يعرف الناس فيه»،(٤) وحديث: «الصوم يوم تصومون، والفطر يوم تفطرون، والأضحى يوم تضحون».(٥)

(١) مواهب الجليل ٩٥/٣ وشرح الزرقاني ٢٦٩/٢

(٢) المجموع ٢٩٢/٨

(٣) كشاف القناع ٥٢٥/٢، الفروع ٥٣٤/٣، ٥٣٥، المغني ٤٧٤/٣

(٤) حديث: «يوم عرفة اليوم الذي يعرّف الناس فيه» أخرجه الدارقطني (٢٢٤/٢ ـ ط دار المحاسن) بإسنادين، وعلق عليهما شمس الحق العظيم آبادي في حاشيته عليه: «وهذا الحديث مرسل، وكذا ما بعده وفيه الواقدي وهو ضعيف جدا».

(٥) حديث: «الصوم يوم تصومون، والفطر...». أخرجه الترمذي (٧١/٣ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة: وقال: «حديث حسن».

أما لو وقفوا في الثامن ظنا منهم أنه التاسع فإن مذهب الحنفية،(١) والمعروف من مذهب المالكية(٢) والأصح من الوجهين عند الشافعية أنه لا يجزئهم. قالوا: والفرق بين عدم إجزاء الوقوف فيه وبين إجزائه بالعاشر، أن الذين وقفوا فيه فعلوا ماتعبدهم الله به على لسان نبيه عليه الصلاة والسلام، لأمره بإكمال العدة حيث حصل الغيم دون اجتهاد بخلافه بالثامن فإنه اجتهادهم، أو شهادة من شهد بالباطل.(٣) ولأنه نادر غاية الندرة فكان ملحقا بالعدم، ولأنه خطأ غير مبني على دليل فلم يعذروا فيه.(٤)

ومذهب الحنابلة وقول ابن القاسم من المالكية ووجه عند الشافعية أنه يجزئهم لحديث «يوم عرفة اليوم الذي يعرّف الناس فيه» قالوا: وهو نص في الإجزاء، وأنه لو كان هنا خطأ وصواب لاستحب الوقوف مرتين وهو بدعة لم يفعله السلف فعلم أنه لا خطأ.(٥)

وفي مذهب مالك قول لابن القاسم بعدم الإجزاء في الصورتين، قال الحطاب: يعني إذا أخطأ جماعة أهل الموسم وهو المراد بالحج، فوقفوا

(١) بدائع الصنائع ١٠٩٦/٣

(٢) شرح الزرقاني ٢٦٩/٢

(٣) شرح الزرقاني ٢٦٩/٢

(٤) بدائع الصنائع ١٠٩٦/٣، المجموع ٢٩٣/٨

(٥) كشاف القناع ٥٢٥/٢، مواهب الجليل ٩٥/٣، المجموع ٢٩٣/٨

في اليـوم العـاشر، فإن وقوفهم يجزئهم، واحترز بقـولـه فقط مما إذا أخطئوا ووقفوا في الثامن، فإن وقـوفـهم لا يجزئهم، وهــذا هو المعــروف من المـذهب وقيـل: يجزئهم في الصـورتـين وقيـل: لا يجزىء في الصورتين.(١)

ثانيا: خطأ الحجيج في الموقف:

٤٣ ـ إذا أخطأ الحجيج في الموقف فوقفوا في غير عرفـة فيلزم القضـاء، سواء كانـوا جمعـا كثيرا أو قليلا، لأن الخطأ في الموقف يؤمن مثله في القضاء.(٢)

ثالثا: الخطأ في أشهر الحج:

٤٤ ـ لو اجتهـد الحجيـج في أشهر الحج وأحرموا ثم بان الخطأ عامـا فهـل ينعقـد حجـا أو عمرة؟ اختلفوا فيه على قولين:

الأول: يصح الإحرام بالحج قبل أشهر الحج.

والقــول الثــاني: لا يجزىء ولا ينعقـد.(٣)
وينظر تفصيل ذلك في: (إحرام، حج).

(١) مواهب الجليل ٣/٩٥
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٠٣، المنثور في القواعد للزركشي ٢/١٢٢، المجموع ٨/٢٩٢، شرح الخرشي وحاشية العدوي عليه ٢/٣٢٠، كشاف القناع ٢/٤٩٤
(٣) المنثور في القواعد ٢/١٢٢، وبدائع الصنائع ٣/١١٧٤ ومواهب الجليل ٣/١٨، ١٩ والمجموع ٨/٢٩٣ وزاد المسير ١/٢١٠، والقواعد والفوائد الأصولية ص٢٧٧

رابعا: قتل صيد الحرم خطأ:

٤٥ ـ ذهب الفقهاء إلى أن قتل الصيد في الحرم أو من المحـرمـين حرام يجب فيه الجزاء، يستوي في ذلك العمد، والخطأ، والسهو، والنسيان والجهـل،(١) لقـولـه تعالى: ﴿ياأيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيــد وأنتم حرم...﴾(٢) إلى آخـر الآية. وينظر: (إحرام، حرم).

خامسا ـ الخطأ في محظورات الإحرام:

٤٦ ـ ذهب الحنفيـة والمـالكية إلى أن محظورات الإحرام جميعها يستوي فيها العمد والخطأ كقتل الصيد.

وفـرق الشـافعيـة والحنابلة بين ما كان إتلافا كحلق الشعر وقتـل الصيـد، وبين ما كان تمتعا كلبس وتطـيــب.(٣) وفي الــوطء خلاف بين المذهبين، وينظر التفصيل في: (إحرام، حج).

و ـ الأضاحي:

الخطأ في ذبح الأضحية:

٤٧ ـ إذا غلط رجــلان فذبــح كل واحـد منهـما

(١) فتح القديـر ٣/٧١، والقـوانـين الفقهيـة ص٩٢، والشرقاوي على التحرير ١/٤٩٠ والمغني ٣/٤٥٢
(٢) سورة المائدة/٩٥
(٣) فتح القدير ٣/٢٤ ـ ٤٨، والقوانين الفقهية ٩٢ ـ ٩٣، والشـرقاوي عـلى التحريـر ١/٤٩١، وكشاف القنـاع ٢/٤٥٨

أضحيـة الآخـر أجزأ عنها ولا ضمان عليهما عند الحنفية والحنابلة، قال الحنفية: وهذا استحسان، وأصـل هذا أن من ذبـح أضحية غيره بغير إذنه لا يحل له ذلـك وهـو ضامن لقيمتهـا. ولا يجزئه عن الأضحيـة في القيـاس وهـو قول زفـر. وفي الاستحسان، يجوز ولا ضمان على الـذابـح، ووجهـه أنهـا تعينت للذبـح لتعينهـا للأضحية، حتى وجب عليـه أن يضحي بها بعينهـا في أيـام النحر، ويكره أن يبدل بها غيرها، فصار المالك مستعينـا بكـل من يكـون أهـلا للذبـح آذنـا له دلالـة، لأنهـا تفـوت بمضي هذه الأيـام وعساه يعجـز عن إقـامتهـا بعوارض، فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها. ووجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغـير أمـره فيضمن، كما إذا ذبـح شاة اشتراها القصاب.

وذكـر القاضي وغيره من الحنابلة أنها تجزىء ولا ضمان استحسانا، والقياس ضمانها.

ونقـل الأثـرم وغـيره أنهـما يترادان اللحم إن كان موجـودا ويجـزىء، ولـو فرق كل منهـما لحم ما ذبحه أجزأ لإذن الشرع في ذلك.[1]

وذهب المالكية فيما نقلوه عن مالك إلى عدم الإجـزاء، ويضمن كل واحـد لصاحبه القيمة، فإذا غرم القيمـة ولم يأخـذها مذبوحة فالأصح في قول أشهب ومحمد بن المواز أنها تجزىء أضحية لذابحها.

وروى عيسى عن ابن القاسم أنها لا تجزىء.[1]

وقـال الشـافعيـة: لو ذبـح كل من رجلين أضحية الآخر ضمن ما بين القيمتين أي قيمتها حيـة وقيمتهـا مذبـوحـة، لأن إراقـة الـدم قربة مقصودة وقد فوتها، وأجزأ كل منها عن الأضحية لكن بقيـد كونهـا واجبـة بنذر فيفرقها صاحبها، لأنهـا مستحقـة الصـرف لجهـة التضحية، ولأن ذبحهـا لا يفتقـر إلى نيـة، أمـا المتطـوع بها والـواجبة بالجعل فلا يجزىء ذبحها عن الأصلية لافتقاره إلى نية.[2]

ز ـ البيوع:

أولا ـ بيع المخطىء:

٤٨ ـ قال الحنفية: بيع المخطىء ينعقد فاسدا، وصـورتـه أنه أراد أن يقول: سبحان الله فجرى على لسانه ـ بعت هذا منك بألف، وقبل الآخر ـ وصـدقـه في أن البيـع خطأ. أمـا وجـه انعقاده فلاختيـاره في الأصل، ووجه فساده لعدم الرضا كبيع المكره، فيملك البدل بالقبض.[3]

وذهب المـالكيـة والشـافعية والحنابلة إلى أنه

(١) الهداية ٤/٧٧، وكشاف القناع ٣/١٤، والقواعد لابن رجب ص٢٣٧ القاعدة السادسة والتسعون.

(١) التاج والإكليل على هامش مواهب الجليل ٣/٢٥٢

(٢) الشرقاوي على التحرير ٢/٤٦٩، ٤٧٠

(٣) تيسير التحرير ٢/٣٠٧

غير منعقد، لأنه يشترط في أسباب انتقال الملك كالبيع والهبة وغيرهما القدرة والعلم والقصد، فمن باع وهو لا يعلم أن هذا اللفظ أو هذا التصرف يوجب انتقال الملك لا يلزمه بيع ولا نحوه.(١)

ثانيا ـ الغلط في المبيع:

٤٩ ـ إذا وقع الغلط في جنس المبيع بأن اعتقد أحد العاقدين أن المعقود عليه من جنس معين فإذا به من جنس آخر، مثل أن يبيع ياقوتا أو ماسا فإذا هو زجاج، أو يبيع حنطة فإذا هي شعير.

وكذا إذا اتحد الجنس ولكن التفاوت بين المعقود عليه وما أراده العاقد كان تفاوتا فاحشا فإن الحنفية عدا الكرخي قالوا: إن الغلط يكون مانعا يمنع من انعقاد العقد، فيكون العقد باطلا لأن البيع معدوم، وقال الكرخي: هو فاسد.(٢)

وقال المالكية: إذا وقع أحد العاقدين في الغلط ولم يبين للعاقد الآخر فلم يعلم بهذا الغلط فلا يعتد بالغلط. جاء في مواهب الجليل: سئل مالك عمن باع مصلى فقال

(١) الفروق ١/١٦٣، وتهذيب الفروق ١/١٧٩، ونهاية المحتاج ٣/٣٧٣، منهاج الطالبين ٢/١٥٤، ١٥٥، وكشاف القناع ٣/١٤٩، ١٥٠، المغني ٧/٣١٩

(٢) البدائع ٦/٢٩٩٨، فتح القدير ٥/٢٠١، المادة ٢٠٨ من مجلة الأحكام العدلية.

المشتري: أتدري ما هذا المصلى؟ هي والله خز فقال البائع: ما علمت أنه خز ولو علمته ما بعته بهذا الثمن، قال مالك: هو للمشتري ولا شيء للبائع.

وكذا من باع حجرا بثمن يسير، ثم تبين أنه ياقوتة أو زبرجدة تبلغ مالا كثيرا. أما إذا سمى أحدهما الشيء بغير اسمه، مثل أن يقول البائع أبيعك هذه الياقوتة فيجدها غير ياقوتة، أو يقول المشتري: بع مني هذه الزجاجة ثم يعلم البائع أنها ياقوتة فلا خلاف في أن هذا الشراء لا يلزم المشتري، والبيع لا يلزم البائع.(١)

وكذلك إذا سمى العاقد الشيء باسم يصلح له كقول البائع: أبيعك هذا الحجر فإذا هو ياقوتة فيلزم البائع البيع، وإن علم المشتري أنها ياقوتة، وأما إذا سمى أحدهما الشيء بغير اسمه مثل أن يقول البائع: أبيعك هذه الياقوتة فيجدها غير ياقوتة، أو يقول المشتري: بع مني هذه الزجاجة ثم يعلم البائع أنها ياقوتة فلا خلاف في أن الشراء لا يلزم المشتري، والبيع لا يلزم البائع.

وإذا أبهم أحدهما لصاحبه في التسمية ولم يصرح، فقال ابن حبيب: إن ذلك يوجب الرد كالتصريح.(٢)

(١) مواهب الجليل ٤/٤٦٦

(٢) مواهب الجليل ٤/٤٦٦

واختلف الشافعية فمنهم من قال بالصحة ومنهم من قال بالبطلان.

قال القليوبي: لو اشترى زجاجة يظنها جوهرة فالعقد صحيح إن لم يصرح بلفظ الجوهرة وإلا فالعقد باطل، وحكى عن شيخه صحة العقد وثبوت الخيار قال: وفيه نظر.[١]

وقال الحنابلة: لو قال: البائع بعتك هذا البغل بكذا، فقال اشتريته، فبان المشار إليه فرسا أو حمارا لم يصح البيع، ومثله بعتك هذا الجمل فبان ناقة ونحوه، فلا يصح البيع للجهل بالمبيع.[٢]

ثالثا ـ الجناية على المبيع خطأ:

٥٠ ـ الجناية خطأ على المبيع قبل القبض أو في زمن الخيار، قد تكون من البائع، أو المشتري، أو من غيرهما، وفي لزوم البيع بهذه الجناية وسقوط الخيار، وفي الضمان، خلاف وتفصيل ينظر في: (خيار، ضمان).

ح ـ الإجارة:

أولا: خطأ النقاد والقبان ونحوهما:

٥١ ـ ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن النقاد إن أخطأ لا ضمان عليه، لأنه مجتهد أخطأ في اجتهاده، ولا أجرة له، لأنه لم يعمل ما أمر به.

وقيد الحنابلة عدم الضمان بكون النقاد حاذقا أمينا وإلا ضمن.

وقال الشافعية: لو أخطأ القباني[١] في الوزن ضمن، كما لو غلط في النقش الذي على القبان.[٢]

ثانيا: خطأ الأجراء والصناع:

٥٢ ـ مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة وفريق من الشافعية:[٣] أن الأجير الخاص لا يضمن ما هلك في يده بلا صنعه، أو هلك من عمله المأذون فيه إذا لم يتعمد الفساد.

وقالت طائفة من الشافعية: إن الأجير الخاص كالأجير المشترك[٤] في الضمان وهو

---

(١) حاشية القليوبي على شرح الجلال المحلي على المنهاج ٢/١٦٤، المجموع ١٢/٣٣٤، ٣٣٥

(٢) كشاف القناع ٣/١٦٥

---

(١) القباني: الوزان بالقبان، والقبان، الميزان ذو الذراع الطويلة المقسمة أقساما (المعجم الوسيط).

(٢) اللآلىء الدرية في الفوائد الخيرية لنجم الدين الرملي مطبوع مع جامع الفصولين ٢/١٨٤ طبعة أولى سنة ١٣٠٠ بالمطبعة الأزهرية، وجامع الفصولين ٢/١٦٩، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٣/١٧٤، وحاشية القليوبي على منهاج الطالبين ٢/٢١٨، ونهاية المحتاج ٤/٩٨ وكشاف القناع ٣/٢٤٧

(٣) جامع الفصولين ٢/١٧١، مجمع الضمانات ٢٧، ٢٨ والفواكه الدواني ٢/١٦٨، والمهذب ١/٤٠٨، والمغني ٥/٤٣٢

(٤) الأجير المشترك هو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس وله أن يعمل للعامة وخلافه الأجير الخاص.

المنصوص عن الشافعي، وقال: والأجراء كلهم سواء. وقد اتفق الفقهاء على أن الأجير المشترك إذا تلف عنده المتاع بتعد، أو تفريط جسيم يضمن. أما إذا تلف بغير هذين، ففيه تفصيل في المذاهب يرجع إليه في مصطلح: (إجارة).

ثالثا - خطأ الكاتب:

٥٣ - قال الحنفية: فيمن دفع إلى رجل ورقا ليكتب له مصحفا وينقطه، ويعجمه، ويعشره بكذا من الأجرة فأخطأ في بعض النقط والعواشر. قال أبو جعفر: إن فعل ذلك في كل ورقة كان المستأجر بالخيار، إن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى، وإن شاء رده عليه واسترد منه ما أعطاه، أي ضمنه قيمة الورق، وإن وافقه في البعض دون البعض أعطاه حصة ما وافق من المسمى وبما خالف أعطاه أجر المثل.(١)

وقال الشافعية: بصحة الاستئجار للنساخة ويبين كيفية الخط، ورقته، وغلظه، وعدد الأوراق وسطور كل صفحة كذا، وقدر القطع إن قدرنا بالمحل. وإذا غلط الناسخ غلطا فاحشا فعليه أرش الورق ولا أجرة له، وإلا فله الأجرة ولا أرش عليه ويلزمه الإصلاح.(٢)

(١) مجمع الضمانات ص٥٠

(٢) حاشية الجمل ٣/٥٤٥، نهاية المحتاج ٤/٩٨، ٩٩

رابعا: خطأ الطبيب والخاتن ونحوهما:

٥٤ - اتفق الفقهاء على أنه لا ضمان على الطبيب والخاتن والحجام إذا فعلوا ما أمروا به بشرطين:

أحدهما: أن يكونوا ذوي حذق في صناعتهم ولهم بها بصارة ومعرفة، لأنه إذا لم يكونوا كذلك لم يحل لواحد منهم مباشرة القطع، وإذا قطع مع هذا كان فعلا محرما فيضمن سرايته كالقطع ابتداء.

الثاني: أن لا تجني أيديهم فيتجاوزوا ما ينبغي أن يقطع.

فإذا وجد هذان الشرطان لم يضمنوا، لأنهم قطعوا قطعا مأذونا فيه فلم يضمنوا سرايته، كقطع الإمام يد السارق، أو فعلوا فعلا مباحا مأذونا في فعله، فأما إن كان كل منهم حاذقا وخبت يده مثل أن يتجاوز قطع الختان إلى الحشفة، أو إلى بعضها، أو قطع في غير محل القطع، أو يقطع السلعة من إنسان فيتجاوزها، أو يقطع بآلة كآلة يكثر ألمها، أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه ذلك ضمن فيه كله، لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بين العمد والخطأ فأشبه إتلاف المال.(١)

(١) جامع الفصولين ٢/١٨٦، ودرر الحكام ٢/٢٣٦، والدر المختار ٦/٦٨، ومجمع الضمانات ٤٧، ٤٨، وشرح الخرشي ٧/٢٨، ٨/١١٠، ١١١، وشرح الزرقاني ٧/٢٧ - ٢٩ والفواكه الدواني ٢/١٦٨ ونهاية المحتاج=

ط ـ الخطأ في وصف اللقطة :

٥٥ ـ إذا ادعى شخص ملكية لقطة فإن الملتقط لا يسلمها إليه إلا إذا وصفها وصفا يشعر بأنها له. وقد اختلف الفقهاء فيما إذا أخطأ مدعي ملكية اللقطة في وصف من أوصافها.

قال الحنفية : إن الإصابة في بعض علامات اللقطة لا تكفي لدفعها إليه، وإن الإصابة في العلامات كلها شرط. [١]

وقال المالكية : إذا وصف واحدا من العفاص والوكاء[٢] ووقع الجهل في الآخر أو الغلط ففي ذلك خلاف :

قيل : لا شيء له فيهما، وقيل : يستأني فيهما، وقيل : يعطي بعد الاستيناء مع الجهل ولا شيء له مع الغلط.

قال ابن رشد : وهذا أعدل الأقوال، وقال : إن المراد بالغلط تصور الشيء على خلاف ما هو عليه لا المتعلق باللسان. [٣]

وقال الخرشي : إذا غلط فإن قال : الوكاء مثلا كذا، فإذا هو بخلاف ذلك فإنه لا يكفي ولا تدفع له.

وإذا وصف العفاص والوكاء أو أحدهما وأصاب في ذلك وأخطأ في صفة الدنانير، بأن قال محمدية فإذا هي يزيدية فلا شيء له بلا خلاف.

وقالوا : إذا عرف العفاص والوكاء وغلط في قدر الدراهم بزيادة، فإنه لا يضر بأن قال : هي عشرة فإذا هي خمسة، أما غلطه بالنقص بأن قال : هي عشرون فإذا هي ثلاثون ففيه قولان. [١] وينظر تفصيل ذلك في (لقطة).

ي ـ الغلط في الشفعة :

٥٦ ـ من صور الخطأ أو الغلط في الشفعة أن يغلط الشفيع في شخص المشتري، أو في غيره من الأركان كالغلط في الثمن. وفيما يأتي بيان مذاهب الفقهاء في هذه المسألة.

قال الشافعية والحنابلة : إن قال المشتري : اشتريت بمائة فعفا الشفيع ثم بان أنه اشترى بخمسين فهو على شفعته، لأنه عفا عن الشفعة لقدر، وهو أنه لا يرضاه بمائة أو ليس معه مائة.

وإن قال : اشتريت نصفه بمائة فعفا ثم بان أنه قد اشترى جميعه بمائة فهو على شفعته، لأنه لم يرض بترك الجميع.

وإن قال إنه اشترى بأحد النقدين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بالنقد الآخر فهو على

= إلى شرح المنهاج ٨/ ٣٢، والمغني ٥/ ٤٤٠، وكشاف القناع ٤/ ١٤، ٣٥

(١) حاشية رد المحتار ٤/ ٢٨٢.

(٢) العفاص : الوعاء الذي يكون فيه اللقطة، والوكاء الحبل الذي يربط به فم ذلك الوعاء.

(٣) حاشية العدوي على الخرشي ٧/ ١٢٢

(١) الخرشي وحاشية العدوي عليه ٧/ ١٢٣

شفعتـه، لأنه يجوز أن يكون قد عفا لإعواز أحد النقدين عنده، أو لحاجته إليه.

وإن قال: اشـتريت الشقص فعفـا، ثم بان أنـه كان وكيـلا فيه وإنما المشتري غيره فهو على شفعتـه، لأنـه قد يرضى مشـاركـة الـوكيـل ولا يرضى مشاركة الموكل.[1]

وقـال الحنفيـة: لو أخبر الشفيع أن المشتري فلان فقـال: قد سلمت له، فإذا المشتري غيره فهـو على شفعتـه، لأن النـاس يتفـاوتـون في المجـاورة، فرضاه بمجاورة إنسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره، وهذا التقييد منه مفيد، كأنه قال إن كان المشتري فلانا فقد سلمت الشفعة، فإذا تبين أن المشتري غيره فهو على حقه. وإن تبين أنه اشتراه فلان وآخر معه، صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفعته في نصيب الآخر، لأنـه رضي بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضـا بمجـاورة الآخـر.[2] ولـو أخـبر أن الثمن ألف درهم فسلم الشفعـة، فإن كان أكثـر من ألـف فتسليمـه صحيـح، وإن كان أقـل فله الشفعـة، لأنـه إنـما أسقط حقه بشرط أن يكون الثمن ألف درهم، لأنـه بنى تسليمـه على ما أخبر به، والخطاب السابق كالمعاد فيما بنى عليه من الجـواب، فكأنـه قال سلمت إن كان الثمن ألفـا، وإنـما أقـدم على هذا التسليم لغـلاء الثمن، أو لأنه لم يكن متمكنا من تحصيل الألف ولا يزول هذا المعـنـى إذا كان الثمن أكثـر من الألف بل يزداد. فأمـا إذا كان الثمن أقـل من الألف فقد انعدم المعنى الذي كان لأجله رضي بالتسليم فيكـون على حقـه، وهـذا لأن الأخذ بالشفعـة شراء، وقـد يرغب المرء في شراء شيء عند قلة الثمن ولا يرغب فيه عند كثرة الثمن.[1]

وعنـد المـالكيـة: الشفيع إذا علم بالبيع فلما أخبر بالثمن أسقط شفعته لكثرته، ثم ظهر بعد ذلـك أن الثمن أقـل مما أخـبر به فله شفعتـه ولو طال الـزمـان قبـل ذلـك، ويحلف أنه إنما أسقط لأجل الكذب في الثمن.

وكـذلـك لا تسقط شفعته إذا أسقطها لأجل الكذب في الشقص المشتَرى، بأن قيل له فلان اشـترى نصف نصيب شريكـك ثم أخـبر أنـه اشـترى جميع نصيب شريكه فله القيام بالشفعة حينئـذ، لأنـه يقـول لم يكن لي غرض في أخـذ النصف، لأن الشركـة بعـد قائمة، فلما علمت أنـه ابتـاع الكـل أخذت لارتفاع الشركة وزوال الضـرر، أو لأجـل الكـذب في المشتري - بكسر الـراء - قيـل له فلان اشـترى نصيب شريكـك فأسقط لذلك، ثم ظهر أنه غير الذي سُمِّيَ فإن

(١) المهذب ١/٣٨٠، ٣٨١، وكشاف القناع ٤/١٤٣
(٢) المبسوط ١٤/١٠٥

(١) المبسوط ١٤/١٠٥

له أن يأخذ شفعته كائنا ما كان الشخص.

وكـذلك لا تسقط شفعته إذا قيل له إن فلانا اشـترى حصـة شريكـك في الشقص فرضي به وسلم شفعتـه لأجـل حسن سيرة هذا المشتري ثم علم بعــد ذلــك أن الـشـقص اشــتراه هو وشخص آخـر فله القيام بشفعته، لأنه يقول إنما رضيت بشركة فلان وحده لا بشركته مع غيره.[1]

ك ـ النكاح :

أولا ـ الخطأ في الصيغة :

٥٧ ـ يرى فريق من الحنفية أنه لا يصح النكاح بألفـاظ مصحَّفـة، والتصحيف أن يقـرأ الشيء على خلاف ما أراده كاتبــه، أو على غير ما اصطلحـوا عليـه، كتجوَّزتُ بتقديم الجيم على الزاي، لأنه صادر لا عن قصد صحيح، بل عن تحريف وتصحيف فلا يكــون حقيقــة ولا مجازا لعـدم العـلاقـة، بل غلطـا فلا اعتبـار به أصلا بخلاف ما لو اتفق قوم على النطق بهذه الغلطة وصدرت عن قصد صح، لأن ذلك وضع جديد وبه أفتى أبو السعود.[2]

والـرأي الآخـر للحنفيـة ومـذهب الشـافعية ورأي تقي الــدين من الحنـابلة: العقـد بلفـظ جوزت وزوزت إذا نطق به العــامي قاصـدا به معنى النكـاح يصـح، لأن لفظ جوزت وزوزت لا يفهم منـه العاقدان والشهود إلا أنه عبارة عن التـزويـج ولا يقصد منه إلا ذلك المعنى بحسب العـرف، وقـد صرحوا بأنه يحمل كلام كل عاقد وحالف وواقف على عرفه.[1]

وقـال الغـزالي: الخطأ في الصيغـة إذا لم يخل بالمـعنى ينبغي أن يكــون كالخطأ في الإعــراب والتذكيـر والتأنيث.[2]

وينظر تفصيل ذلك في: (نكاح).

ثانيا ـ الغلط في اسم الزوجة :

٥٨ ـ قال الحنفيـة: الغلط في اسم الزوجة يمنع من انعقاد النكاح إلا إذا كانت حاضرة في مجلس العقــد وأشـار إليهـا، فلا يضـر، لأن تعـريف الإشــارة الحسيــة أقــوى من التسميــة، لما في التسميـة من الاشـتراك لعـارض فتلغو التسمية عند الإشارة، كما لو قال: اقتديت بزيد هذا فإذا هو عمـرو فإنـه يصـح.[3] ولو كان له بنتان وأراد تزويـج الكـبرى فغلط فسـماهـا باسم الصغرى صح للصغـرى بأن كان اسم الكـبرى عائشـة والصغـرى فاطمـة، فقـال زوجتـك بنتي فاطمة

(١) شرح الخرشي ٦/١٧٢، ١٧٣

(٢) تنوير الأبصار وشرحه الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه المسمى رد المحتار ٣/١٨، ١٩

(١) حاشية ابن عابدين ٣/٢٠، ٢١

(٢) نهاية المحتاج ٦/٢٠٧

(٣) حاشية ابن عابدين ٣/٢٦

وهو يريد عائشة فقبل، انعقد على فاطمة، وهذا إذا لم يصفها بالكبرى، فلو قال زوجتك بنتي الكبرى فاطمة قالوا: يجب أن لا ينعقد العقد على إحداهما، لأنه ليس له ابنة كبرى بهذا الاسم، ولا تنفع النية هنا ولا معرفة الشهود بعد صرف اللفظ عن المراد. (١)

وقال شمس الدين الرملي من الشافعية: لو قال أبو بنات: زوجتك إحداهن أو بنتي أو فاطمة ونويا معينة ولو غير المسماة فإنه يصح، قال الشبراملسي: لو زوجها الولي ثم مات ثم اختلفت الزوجة مع الزوج فقالت: لست المسماة في العقد، وقال الشهود: بل أنت المقصودة بالتسمية، وإنما الولي سمى غيرك في العقد غلطا ووافقها الزوج على ذلك، فهل العبرة بقولها لأن الأصل عدم النكاح، أو العبرة بقول الشهود؟ فيه نظر والأقرب الأول، لأن الأصل عدم الغلط. (٢)

وقال الحنابلة: لو سماها الولي بغير اسمها ولم يكن له غيرها صح العقد، لأن عدم التعيين إنما جاء من التعدد ولا تعدد هنا، وكذا لو سماها بغير اسمها وأشار إليها، بأن قال زوجتك بنتي فاطمة هذه، وأشار إلى خديجة فيصح العقد على خديجة، لأن الإشارة أقوى، ولو سماها

(١) فتح القدير ٣/١٩٢، حاشية ابن عابدين ٣/٢٦

(٢) نهاية المحتاج ٦/٢٠٩

بغير اسمها ولم يقل بنتي لم يصح النكاح. ولو كان له بِنْتَانِ فاطمة وعائشة فقال الولي: زوجتك بنتي عائشة فقبل الزوج، ونويا في الباطن فاطمة فلا يصح النكاح، لأن المرأة لم تذكر بما تتعين به، فإن اسم أختها لا يميزها بل يصرف العقد عنها، ولأنهما لم يتلفظا بما يصح العقد بالشهادة عليه فأشبه ما لو قال: زوجتك عائشة فقط، أو ما لو قال: زوجتك ابنتي ولم يسمها، وإذا لم يصح فيما إذا لم يسمها ففي ما سماها بغير اسمها أولى. (١)

ثالثا ـ الغلط في الزوجة:

٥٩ ـ إذا زفت امرأة إلى غير زوجها ولم يكن رآها قبل ذلك فوطئها، فقد اتفق الفقهاء على أنه يجب على الواطىء مهر المثل، ولا حد عليه، وإن أتت بولد ثبت نسبه. وينتشر التحريم بهذا الوطء. (٢)

وقال المالكية: إن وطئها غلطا وهي في عدة غيره تأبد تحريمها. (٣)

ومن صور الغلط التي ذكرها الشافعية والحنابلة: أنه لو عقد أب على امرأة وابنه على

(١) كشاف القناع ٥/٤١، ٤٢، الفروع ٥/١٦٩، ١٧٠

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/٢٤، ٣٨، ٤/٢٣، ٢٦، الشرح الصغير ٢/٣٧٥، ٤٥٣، كشاف القناع ٥/٧٢، منهاج الطالبين ٣/٢٤٣

(٣) الشرح الصغير ٢/٣٤٥

ابنتها وزفت كل لغير زوجها ووطئها غلطا:

قال الشافعية: انفسخ النكاحان ولزم كلا لموطوءته مهر المثل، وعلى السابق منهما بالوطء لزوجته نصف المسمّى، وفيما يلزم الثاني منهما وجوه. (١)

وقال الحنابلة: في الصورة السابقة: إن وطء الأول يوجب عليه مهر مثلها، لأنه وطء شبهة ويفسخ نكاحها من زوجها، لأنها صارت بالوطء حليلة ابنه أو أبيه، ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها، لأن الفسخ جاء من قبلها بتمكينها من وطئها ومطاوعتها عليه، ولا شيء لزوجها على الواطىء، لأنه لم يلزمه شيء يرجع به، ولأن المرأة مشاركة في إفساد نكاحها بالمطاوعة فلم يجب على زوجها شيء لو انفردت به. (٢)

رابعا ـ طلاق المخطىء:

٦٠ ـ من قال لزوجته اسقيني فجرى على لسانه أنت طالق، فإن الطلاق لا يقع عند الشافعية والحنابلة، لعدم القصد ولا اعتبار للكلام بدون القصد. (٣)

وقال الحنفية: يقع به الطلاق وإن لم يكن مختارا لحكمه لكونه مختارا في التكلم، ولأن الغفلة عن معنى اللفظ أمر خفي وفي الوقوف على قصده حرج. (١)

وقال المالكية: المراد من القصد قصد النطق باللفظ الدال عليه في الصريح والكناية الظاهرة وإن لم يقصد مدلوله وهو حل العصمة.

وقالوا إن سبق لسانه بأن أراد أن يتكلم بغير الطلاق، فالتوى لسانه فتكلم بالطلاق فلا شيء عليه إن ثبت سبق لسانه في الفتوى والقضاء، وإن لم يثبت فلا شيء عليه في الفتوى ويلزمه في القضاء. (٢)

ل ـ الخطأ في الجنايات:

أولا ـ القتل الخطأ:

٦١ ـ الواجب في القتل الخطأ الدية على عاقلة القاتل والكفارة عليه، والحرمان من الميراث عند جمهور الفقهاء. ويرجع في تعريف القتل الخطأ وصوره وأنواعه وأحكامه وآراء الفقهاء في ذلك إلى مصطلحات (قتل، دية، كفارة، إرث).

ثانيا ـ ما يجب فيما دون النفس خطأ:

٦٢ ـ الواجب فيما دون النفس إما دية كاملة كما في ذهاب كل من الكلام، والسمع، واللسان،

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٢٧١
(٢) المغني ٧/٥١
(٣) منهاج الطالبين ٢/١٥٤، ١٥٥، نهاية المحتاج ٣/٣٧٣، المغني ٧/٣١٩

(١) تيسير التحرير ٢/٣٠٦، فتح القدير ٣/٤٨٨
(٢) شرح الخرشي ٤/٣٢، ٣٣

والأنف، وفي اليدين والرجلين، أو نسبة من الدية كما في الموضحة، والمنقلة، والآمة، والجائفة، وتفصيل ذلك يرجع إليه في مصطلح (دية). [١]

ثالثا ـ جناية الإنسان على نفسه أو أطرافه خطأ:

٦٣ ـ مذهب الحنفية والمالكية والشافعية وهو رواية عن أحمد أن من قتل نفسه خطأ لا تجب الدية بقتله ولا تحمل العاقلة ديته، لأن عامر بن الأكوع بارز مرحبا يوم خيبر فرجع سيفه على نفسه فمات، ولم يقض فيه النبي ﷺ بدية ولا غيرها، [٢] ولو وجبت لبينه، ولأنه جنى على نفسه فلم يضمنه غيره كالعمد.

وقال الحنابلة في الأظهر من الروايتين: إن على عاقلته ديته لورثته إن قتل نفسه، أو أرش جرحه لنفسه إذا كان أكثر من الثلث، واستدلوا بأن رجلا ساق حمارا فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية ففقأت عينه فجعل عمر ـ رضي الله عنه ـ ديته على عاقلته، ولم يعرف له مخالف في عصره. [١]

وأما بالنسبة للكفارة فقد قال الشافعي والحنابلة: تجب فيه الكفارة.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا تجب، لأن الكفارة مشروطة بعدم القتل فإذا حصل القتل بطل الخطاب بها كما تسقط ديته عن العاقلة لورثته. [٢]

رابعا ـ الخطأ في التصادم:

٦٤ ـ التصادم قد يقع من فارسين، أو من ماشيين، أو من سفينتين، وقد يقع عمدا أو شبه عمد أو خطأ، والواجب في حال الخطأ هل يضمن كل واحد ما تلف من الآخر من نفس أو دابة أو مال، أو أن الواجب هو بأن يضمن كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف من الآخر؟ خلاف بين الفقهاء[٣] وتفصيل ذلك محله في مصطلح (دية، إتلاف، قتل، ضمان).

---

(١) درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢/١٠٥ ـ ١٠٨، القوانين الفقهية ٢٣٠، كفاية الأخيار ٢/١٠٤ ـ ١٠٦، المذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد ١٧٨، ١٧٩

(٢) حديث: «قصة عامر بن الأكوع». أخرجها ابن عبد البر في الاستيعاب (٢/٧٨٦ ـ ٧٨٧ ط مطبعة نهضة مصر وإسنادها صحيح.

(١) فتح القدير ١٠/٢٣١، الدر المختار ٦/٥٤٥، حاشية رد المحتار ٦/٦٣٨ قال «كأنه قتل نفسه فكان هدراً» سطر ٢١، وشرح الخرشي ٨/٤٩، ٥٠، والمهذب ٢/٢١٢، والمغني ٨/٣٧١

(٢) فتح القدير ١٠/٢٣١، حاشية رد المحتار ٦/٥٤٥، ٦٣٨، والمهذب ٢/٢١٧، والمغني ٨/٥١٣، وشرح الخرشي ٨/٤٩، ٥٠

(٣) درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢/١١٢، مواهب الجليل وبهامش التاج والإكليل ٦/٢٤٣، المهذب ٢/١٩٤، ١٩٥، شرح تنقيح اللباب ٢/٢٧٦ ومابعدها، المغني ٩/١٧٣ ـ ١٧٧

خامسا - في خرق السفينة خطأ :

٦٥ - قال الشافعية : لو خرق شخص سفينته عامدا خرقا يهلك غالبا، فالقصاص أو الدية على الخارق، وخرقها للإصلاح شبه عمد، فإن أصاب غير موضع الإصلاح فخرقه فخطأ محض. (١)

وذكر ابن قدامة أنه إذا خرق السفينة خطأ فعليه ضمان ما تلف وعلى عاقلته الدية.

وإذا قام ليصلح موضعا فقلع لوحا، أو يصلح مسمارا فثقب موضعا، فقد اختلف في اعتبار هذه الصورة من قبيل عمد الخطأ، أو من قبيل الخطأ المحض؟

ذهب إلى الأول القاضي أبويعلى، والثاني هو الصحيح، لأنه قصد فعلا مباحا فأفضى إلى التلف، فأشبه ما لو رمى صيدا فأصاب آدميا، لكن إن قصد قلع اللوح من موضع يغلب أنه لا يتلفها فأتلفها فهو عمد الخطأ وفيه ما فيه. (٢)

وقال الحنفية في ضمان الملاح : لو دخلها الماء فأفسد المتاع فلو بفعله وحده يضمن بالاتفاق، ولو بلا فعله إن لم يمكن التحرز عنه لا يضمن إجماعا، وإن كان بسبب يمكن التحرز عنه

(١) حاشية الشرقاوي على التحرير ٢/ ٣٧٩، حاشية القليوبي على المنهاج ٤/ ١٥٢
(٢) المغني ٩/ ١٧٧

لا يضمن عند أبي حنيفة وعندهما يضمن. وهذا كله لو لم يكن رب المتاع أو وكيله في السفينة، فلو كان لا يضمن في جميع ما مر إذا لم يخالف بأن لم يجاوز المعتاد، لأن محل العمل غير مسلم إليه. (١)

م - الخطأ في الأيمان :

أولا : الخطأ في حلف اليمين :

٦٦ - معنى الخطأ في اليمين عند الحنفية سبق اللسان إلى غير ما قصده الحالف وأراده بأن أراد شيئا فسبق لسانه إلى غيره، كما إذا أراد أن يقول: اسقني الماء فقال: والله لا أشرب الماء. وأوجبوا فيه الكفارة إن حنث لقوله تعالى : ﴿واحفظوا أيمانكم﴾ (٢) ولقوله ﷺ : «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، واليمين» (٣)

وقالوا: إن الكفارة ترفع الإثم وإن لم توجد منه التوبة. وخالف الكمال بن الهمام في انعقاد يمين المخطئ وقال: واعلم أنه لو ثبت حديث

(١) مجمع الضمانات ٤٨، ٤٩
(٢) سورة المائدة/ ٨٩
(٣) حديث: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد، النكاح والطلاق واليمين» قال الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٢٩٣ - ط المجلس العلمي بالهند): «غريب» يعني أنه ليس له أصل بهذا اللفظ ثم قال: «وإنما الحديث: النكاح والطلاق والرجعة» وهذا أخرجه الترمذي (٣/ ٤٨١ - ط الحلبي) من حديث أبي هريرة وحسنه.

اليمين لم يكن فيه دليل، لأن المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا، والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا، والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد شيئا أصلا ولم يدر ما صنع، وكذا المخطىء لم يقصد قط التلفظ به، بل بشيء آخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي الذي لم يقصد قط مباشرة السبب، فلا يثبت في حقه نصا ولا قياسا. (١)

وفرق المالكية بين نوعين من الخطأ:

الأول ـ سبق اللسان بمعنى غلبته وجريانه على لسانه نحو: لا والله ما فعلت كذا، والله ما فعلت كذا.

الثاني ـ انتقاله من لفظ لآخر والتفاته إليه عند إرادة النطق بغيره.

وقالوا: إن القسم الأخير لا شيء عليه فيه ويديّن أي يقبل قوله ديانة، كسبق اللسان في الطلاق، أما الأول فيلزمه اليمين. (٢)

وذهب الشافعية إلى أنه إن سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد في حال غضبه: كلا والله وبلى والله، وكذا في حال عجلته، أو صلة

(١) حاشية رد المحتار ٣/٧٠٨، فتح القدير ٥/٦٤، درر الحكام ٢/٣٩

(٢) حاشية الدسوقي ٢/١٢٧، شرح الزرقاني ٣/٥١، شرح الخرشي ٣/٥٢

كلامه، أو أراد اليمين على شيء فسبق لسانه إلى غيره، فهذا لا ينعقد يمينه ولا تتعلق به كفارة. (١) فإذا حلف وقال: لم أقصد اليمين صدق، أما الحلف بالطلاق والعتاق والإيلاء فلا يصدق في الظاهر، والفرق بينهما عندهم: أن العادة جارية بإجراء لفظ اليمين بلا قصد، بخلاف الطلاق والعتاق فدعواه فيهما بخلاف الظاهر فلا يقبل، ولو اقترن باليمين ما يدل على القصد لم يقبل قوله على خلاف الظاهر. (٢)

وذهب الحنابلة إلى أن من حلف على شيء يظنه فيبين بخلافه، ومن سبق اليمين على لسانه من غير قصد فلا إثم في هذا النوع ولا كفارة ورووا ذلك عن أحمد وقالوا: إن عقدها (أي اليمين) على زمن خاص ماض يظن صدق نفسه كأن حلف ما فعل كذا يظنه لم يفعله فبان بخلافه حنث في طلاق وعتاق فقط، بخلاف الحلف بالله أو بنذر أو ظهار، لأنه من لغو الأيمان.

وكذا إذا عقدها على زمن مستقبل ظانا صدقه فلم يكن كمن حلف على غيره يظن أنه

(١) كفاية الأخيار ٢/١٥٣، المهذب ٢/١٢٨، منهاج الطالبين ٤/٢٧٢، ٢٧٣

(٢) كفاية الأخيار ٢/١٥٤، منهاج الطالبين ٤/٢٧٢، ٢٧٣

يطيعـه فلم يفعل، أو ظن المحلوف عليه خلاف نية الحالف ونحو ذلك. [١]

وينظر تفصيل ذلك في مصطلح: (أيمان).

ثانيا - الخطأ في الحنث:

٦٧ - قال الحنفيـة: تجب الكفـارة في اليمـين المنعقدة سواء مع الإكراه أو النسيان في اليمين أو الحنث، لأن الفعل الحقيقي لا يعدمه الإكراه والنسيان، وكذا الإغماء والجنون فتجب الكفارة، كما لو فعله ذاكرا ليمينه مختارا. [٢]

وقال المالكية: الحنث هو مخالفة ما حلف عليه من نفي أو إثبات، فمن حنث مخطئا كأن حلف لا يدخل دار فلان فدخلها معتقدا أنها غيرها فإنه يحنث، ومن أمثلة الخطأ أيضا ما إذا حلف أنه لا يتناول منه دراهم فتناول منه ثوبا فتبين أن فيه دراهم فإنه يحنث، وقيل بعدم الحنث، وقيل بالحنث إن كان يظن أن فيه دراهم قياسا على السرقة وإلا فلا حنث.

وفرقوا بين الخطأ والغلط فقالوا: متعلق الخطأ الجنان، ومتعلق الغلط اللسان فحيث قالوا بالحنث المراد به الغلط الذي هو بمعنى الخطأ الذي هو متعلق الجنان لا الذي يتعلق بالغلط اللساني فالصواب عدم الحنث فيه. ومثلوا للغلط الذي هو بمعنى الخطأ: حلف أن لا يكلم زيدا فكلمه معتقدا أنه عمرو، أو حلف لا يذكر فلانا فذكره لظنه أنه غير الاسم المحلوف عليه. [١]

وقال الشافعية: إذا حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها ناسيا لليمين أو جاهلا أنها الدار المحلوفة عليها هل يحنث؟ فيه قولان: سواء كان الحلف بالله تعالى أو بالطلاق أو غير ذلك، ووجه الحنث قوله تعالى: ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾ [٢] وهي عامة في جميع الأحوال. ووجه عدم الحنث وهو الراجح قوله تعالى: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾ [٣] الآية، وقوله ﷺ: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» [٤] واليمين داخلة في هذا العموم. [٥]

وقال الحنابلة: الحنث في اليمين حال كونه مختارا ذاكرا إن فعله مكرها أو ناسيا فلا كفارة، لحديث: «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». ويقع الطلاق والعتاق إذا فعل المحلوف عليه بهما ناسيا والجاهل كالناسي

(١) المذهب الأحمد في مذهب الإمام أحمد لابن الجوزي ١٩٦، وكشاف القناع ١/٢٣٧

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢/٤٠، وفتح القدير ٥/٦٥

(١) القوانين الفقهية ص١٠٨، وحاشية الدسوقي ٢/١٤٢

(٢) سورة المائدة/٨٩

(٣) سورة الأحزاب/٥

(٤) حديث: «إن الله وضع ...» سبق تخريجه ف/٩

(٥) كفاية الأخيار ٢/١٥٥

فلو حلف لا يدخل دار زيد فدخلها جاهلا بأنها داره حنث في طلاق وعتاق فقط. [١]

ن ـ الغلط في القسمة :

٦٨ ـ قال الشافعية والحنابلة : إذا تقاسما أرضا ثم ادعى أحدهما غلطا، فإن كان في قسمة إجبار لم يقبل قوله من غير بينة، لأن القاسم كالحاكم فلم تقبل دعوى الغلط عليه من غير بينة.

فإن أقام البينة على الغلط نقضت القسمة.

وإن كانت قسمة اختيار: فإن تقاسما بأنفسهما من غير قاسم لم يقبل قوله، لأنه رضي بأخذ حقه ناقصا، وإن أقام بينة لم تقبل، لجواز أن يكون قد رضي دون حقه ناقصا، وإن قسم بينهما قاسم نصباه، فإن قلنا إنه يفتقر إلى التراضي بعد خروج القرعة لم تقبل دعواه، لأنه رضي بأخذ حقه ناقصا، وإن قلنا إنه لا يفتقر إلى التراضي بعد خروج القرعة فهو كقسمة الإجبار فلا يقبل قوله إلا ببينة. [٢]

وقال في المغني: إنه في كل الأحوال ـ حتى في صورة ما تمت قسمته تراضيا ـ إنه متى أقام البينة بالغلط نقضت القسمة، لأن ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادلة فأشبه ما لو شهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ثم ادعى غلطا في كيله. [١]

قال الحنفية : إذا ادعى أحد المتقاسمين الغلط في القسمة وزعم أن شيئا مما أصابه في يد صاحبه ـ وكان قد أشهد على نفسه بالاستيفاء ـ لم يصدق على ذلك إلا ببينة، لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة، وإن لم يكن له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر أنصبائهما، لأن النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما، وإن قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إليَّ ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة، لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار المبيع. [٢]

وقال المالكية : إن ادعى أحد المتقاسمين الجور والغلط، فإن تحقق الحاكم عدمهما منع مدعيه من دعواه، وإن أشكل الأمر بأن لم يكن متفاحشا ولم يثبت بقول أهل المعرفة حلّف المنكر لدعوى صاحبه أن القاسم لم يجر، ولم يغلط ،فإن نكل المنكر لدعوى صاحبه قسم ما ادعى الآخر أنه حصل به الجور والغلط بينهما على قدر

(١) كشاف القناع ٦/٢٣٧، والمذهب الأحمد ١٩٦، والفروع ٦/٣٨٦، وحديث: «إن الله وضع عن أمتي». سبق تخريجه ف/ ٩

(٢) المهذب ٢/٣٠٩، المغني ١٠/٢٠٩

(١) المغني ١٠/٢٠٩

(٢) فتح القدير ٩/٤٤٧ ـ ٤٤٩

نصيب كل، وأما إذا ثبت ما ذكر بقول أهل المعرفة، أو كان متفاحشا وهو ما يظهر لأهل المعرفة وغيرهم فإنها تنقض القسمة.

وقالوا: المراد بالجور ما كان عن عمد، وبالغلط ما لم يكن عن عمد.[1]

س ـ الخطأ في الإقرار والغلط فيه:

٦٩ ـ قال الشافعية: إذا رجع المقر في حال تكذيب المقر له، بأن يقول غلطت في الإقرار، قبل قوله في الأصح بناء على أن المال المقر به يترك في يده، والثاني: لا، بناء على أن الحاكم ينتزعه منه، وهذه المسألة مبنية على مسألة أخرى هي أنه إذا كذب المقر له المقر بمال كثوب هل يترك المال في يد المقر أو ينتزعه الحاكم ويحفظه إلى ظهور مالكه؟ فالأصح عندهم أن المال يترك في يده، ومقابل الأصح ينتزع منه فالمسألة الأولى مبنية على هذه.[2]

وينظر التفصيل في مصطلح: (إقرار).

ع ـ الخطأ في الشهادة:

٧٠ ـ وفيها مسائل:

أولا ـ إذا قال الشاهدان بعد أداء الشهادة وقبل الحكم بها وهمنا أو غلطنا في شهادتنا بدم أو حق على زيد بل هو عمرو.

قال الحنفية: لو شهد عدل فلم يبرح عن مجلس القاضي ولم يطل المجلس ولم يكذبه المشهود له حتى قال: أخطأت بعض شهادتي، ولا مناقضة قبلت شهادته بجميع ما شهد به لو عدلا، ولو بعد القضاء، وعليه الفتوى، وقيل يقضى بما بقي إن تداركه بنقصان، وإن بزيادة يقضى بها إن ادعاها المدعي، لأن ما حدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عندها.

قال الزيلعي: ثم قيل: يقضى بجميع ما شهد به أولا، حتى لو شهد بألف ثم قال: غلطت في خمسمائة يقضى بألف، لأن المشهود به أولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه.

وقيل: يقضى بما بقي لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة. ثم قال: وذكر في النهاية: أن الشاهد إذا قال وهمت في الزيادة أو في النقصان: يقبل قوله إذا كان عدلا ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده.[1]

وقال المالكية: سقطت الشهادتان: الأولى لاعترافهما بأنهما على وهم وشك، والثانية لاعترافهما بعدم عدالتهما حيث شهدا على شك، وكذا بعد الحكم وقبل الاستيفاء إن كانت في دم لا في مال فلا تسقط، ويدفع لمن

---

(١) شرح الخرشي ٦/١٩٦

(٢) منهاج الطالبين ٣/٥

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٤٨٨، ٤٨٩

شهدا له به أولا ثم يغرمانه. وقال ابن القاسم والأكثر: لا يغرمان إذا قالا وهمنا.[١]

وفي القوانين الفقهية: إذا ادعى الشاهد الغلط فاختلف هل يلزمه ما لزم المتعمد للكذب أم لا؟ والصحيح أنه يلزمه في الأموال لأنها تضمن في الخطأ.[٢]

وقال الشافعية: إذا رجع الشهود قبل الحكم امتنع الحكم بالشهادة، لأنه لا يدري أصدقوا في الأول أو في الثاني فلا يبقى ظن الصدق في الشهادة، أو بعد الحكم وقبل استيفاء مال استوفي، أو قبل عقوبة كالقصاص وحد القذف والزنى والشرب، فلا يستوفى لأنها تسقط بالشبهة، والرجوع شبهة، والمال لا يسقط بها. فلو كان الرجوع بعد الاستيفاء لم ينقض الحكم، فإن كان المستوفى قصاصا، أو قتل ردة، أو رجم زنى أو جلده ومات المجلود، وقالوا تعمدنا فعليهم قصاص أو دية مغلظة، فإن قالوا أخطأنا فلا قصاص، فإن قال بعضهم تعمدت وقال بعضهم أخطأت فلكل حكمه.[٣]

وقال الحنابلة: إذا رجع شهود الأصل بعد الحكم وقالوا غلطنا ضمنوا لاعترافهم بتعمد الإتلاف بقولهم كذبنا، أو بخطئهم بقولهم غلطنا.[١]

وإن رجع شهود قصاص أو شهود حد بعد الحكم بشهادتهم وقبل الاستيفاء لم يستوف القود ولا الحد، لأن المحكوم به عقوبة لا سبيل إلى جبرها إذا استوفيت بخلاف المال، ولأن رجوع الشهود شبهة لاحتمال صدقهم، والقود والحد يدرآن بالشبهة، ووجبت دية قود للمشهود له، لأن الواجب بالعمد أحد شيئين وقد سقط أحدهما فتعين الآخر، ويرجع المشهود عليه بما غرمه من الدية على الشهود.

وإن كان رجوعهم بعد الاستيفاء وقالوا أخطأنا فعليهم دية ما تلف مخففة، لأنه خطأ، وتكون في أموالهم، لأنه بإقرارهم، والعاقلة لا تحمله.[٢]

ثانيا ـ مسائل متفرقة في الغلط في الشهادة:

٧١ ـ **الأولى ـ** إذا غلط الشهود في الحد الرابع من حدود الدار فلا تجوز شهادتهم، لأنه يختلف المدعى بالغلط نظير ما إذا شهد شاهدان بالبيع وقبض الثمن وتركا ذكر الثمن جاز، ولو غلطا في الثمن لا تجوز شهادتهما لأنه صار عقدا آخر بالغلط.[٣]

---

(١) شرح الزرقاني ٧/١٩٦
(٢) القوانين الفقهية ٢٠٦
(٣) منهاج الطالبين ٤/٣٣٢، ٣٣٣، حاشية الشرقاوي على التحرير ٢/٥٠٣، ٥٠٤

---

(١) كشاف القناع ٦/٤٤١، ٤٤٢، المغني ١٠/٣٢٥
(٢) كشاف القناع ٦/٤٤٢، ٤٤٣
(٣) تكملة فتح القدير ٨/١٦٢

الثانية - إذا قال شهود الأصل أشهدنا شهود الفرع وغلطنا، قال محمد بالضمان، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف بعدمه.[١]

الثالثة - الشهادة على الخط: قال بعضهم: لا تجوز الشهادة على الخط في شيء من الأشياء، لأنه قد يحصل غلط للعقل بذلك وعزاه الباجي للمشهور. وقيل: إن الغلط نادر.[٢]

الرابعة - قال المالكية: إن اتهم القاضي الشاهدين بالغلط فلا يفرق بينهما لئلا يرعب الشاهد ويختلط عقله.[٣] وعند الشافعية يفرق إن ارتاب في الشهود.[٤]

الخامسة - لا تقبل شهادة شخص معروف بكثرة غلط ونسيان، لأن الثقة لا تحصل بقوله لاحتمال أن تكون شهادته مما غلط فيها وسها.[٥]

السادسة - قال الحنفية والشافعية في الأصح: لا يكفي في التعديل قول المدعى عليه هو عدل وقد غلط في شهادته عليّ، ومقابل الأصح الاكتفاء بذلك في الحكم عليه لا في التعديل، وقوله غلط ليس بشرط وإنما هو بيان، لأن إنكاره

(١) شرح فتح القدير ٧/٤٩٥، درر الحكام ٢/٣٩٤
(٢) البهجة شرح التحفة ١/١٠٥
(٣) البهجة شرح التحفة ١/٩٨
(٤) حاشية الشرقاوي على التحرير ٢/٤٩٦
(٥) كشاف القناع ٦/٤١٨

مع اعترافه بعدالته مستلزم لنسبته للغلط وإن لم يصرح به.[١]

ثالثا - الشهود إذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقالوا أخطأنا هل يعزرون؟

قال المالكية والشافعية والحنابلة وطائفة من الحنفية:[٢] لا يعزرون، لأن الله تعالى قال: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾[٣] هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق في الخطأ، وإن لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم.

قال العدوي في حاشيته على شرح الخرشي: وإن أشكل فقولان، وقال الرملي: وإن ادعوا الغلط أي في استحقاقهم التعزير.

ونقل ابن عابدين عن الفتح قوله: يعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده. قال: ولا يخلو عن نظر: لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعمد الزور إن تعمده، أو السهو والعجلة إن كان أخطأ فيه، ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر.[٤]

(١) درر الحكام ٢/٣٧٣، نهاية المحتاج ٨/٢٥٤
(٢) شرح الخرشي ٧/٢٢١، والمهذب ٢/٣٢٩، نهاية المحتاج ٨/٣١٠، وكشاف القناع ٦/٤١٨؛ وحاشية رد المحتار ٥/٥٠٤
(٣) سورة الأحزاب/٥
(٤) حاشية رد المحتار ٥/٥٠٤، شرح فتح القدير ٧/٤٧٨، ٤٧٩

ف ـ الخطأ في القضاء :

٧٢ ـ قال الزركشي : مدار نقض الحكم على تبين الخطأ، والخطأ إما في اجتهاد الحاكم في الحكم الشرعي حيث تبين النص أو الإجماع أو القياس الجلي بخلافه، ويكون الحكم مرتبا على سبب صحيح ، وإما في السبب حيث يكون الحكم مرتبا على سبب باطل ، كشهادة الزور.

وتفصيل ذلك في مصطلح : (قضاء) .

الخطأ في تنفيذ الحد والتعزير :

٧٣ ـ مذهب الحنفية: قال الكاساني : إذا أخطأ الإمام فظن اليسار يمينا مع اعتقاد وجوب قطع اليمين فعند أبي حنيفة لا ضمان عليه .

ونظيره لو قال الحاكم لمقيم الحد : اقطع يد السارق، فقطع اليسرى خطأ قال: لا ضمان عليه عند أصحابنا ، وعند زفر يضمن لأن الخطأ في حقوق العباد ليس بعذر. [٢] ودليلهم أن هذا خطأ في الاجتهاد، لأنه أقام اليسار مقام اليمين باجتهاده متمسكا بظاهر قوله سبحانه : ﴿فاقطعوا أيديهما﴾[٣] من غير فصل بين اليمين واليسار، فكان هذا خطأ من المجتهد في الاجتهاد ، وهو موضوع .

(١) المنثور في القواعد ٢/٦٩

(٢) بدائع الصنائع ٩/٤٢٧٥، ١٠/٤٧٧٩، ومجمع الضمانات ٢٠٣، وشرح فتح القدير ٥/٢٩٠

(٣) سورة المائدة/٣٨

وقال المالكية: لو أخطأ الإمام أو غيره فقطع يد السارق اليسرى أولا ، فإن ذلك يجزئه عن قطع يده اليمنى ، ومحل الإجزاء إذا حصل الخطأ بين متساويين، وأما لو أخطأ فقطع الرِّجْل وقد وجب قطع اليد ، ونحوه ، فلا يجزئ ، ويقطع العضو الذي ترتب عليه القطع ويؤدي دية الآخر. [١]

وقال الشافعية : ما وجب بخطأ إمام أو نوابه في حد، أو تعزير، وحكم في نفس أو نحوهما، فعلى عاقلته كغيره، وفي قول: في بيت المال إن لم يظهر منه تقصير، لأن خطأه يكثر بكثرة الوقائع بخلاف غيره، والكفارة في ماله قطعا وكذا خطؤه في المال. [٢]

وقال الحنابلة : إن زاد على الحد فتلف وجب الضمان وفي مقداره قولان :

أحدهما : كمال الدية .

والثاني : نصف الضمان، وسواء زاد خطأ أو عمدا، لأن الضمان يجب في الخطأ والعمد.

وقالوا: إذا مات من التعزير لم يجب ضمانه، لأنها عقوبة مشروعة للردع والزجر فلم يضمن من تلف بها .

(١) تبصرة الحكام ٢/٣٠١، وشرح الخرشي ٨/٩٣ ـ ١١٠

(٢) نهاية المحتاج ٨/٣١، ومنهاج الطالبين ٤/٢٠٨، ٢٠٩، وحاشية القليوبي ٢/٢٨٦

ثم قالوا: وكل موضع قلنا يضمن الإمام فهل يلزم عاقلته أو بيت المال، روايتان:

إحداهما: بيت المال، لأن خطأه يكثر، فلو وجب ضمانه على عاقلته أجحف بهم وهذا أصح.

والثانية: على عاقلته، لأنها وجبت بخطئه فكانت على عاقلته. (١)

الخطأ في القصاص:

٧٤ - ذهب الحنفية إلى أنه إذا قطع يد رجل عمدا حتى وجب عليه القصاص، فقطع الرجل يده فمات ضمن الدية في قول أبي حنيفة، لأنه استوفى غير حقه، لأن حقه القطع، وهو أتى بالقتل، وفي قولهما لا شيء عليه. (٢)

وذهب المالكية إلى أن المباشِر للقصاص إذا زاد على القدر المطلوب المأذون فيه تعمدا، فإنه يقتص منه بقدر ما زاد على القدر المطلوب بالمساحة، فإن نقص عمدا أو خطأ فإنه لا يقتص منه ثانيا لأنه قد اجتهد.

وقال اللخمي: إذا قطع الطبيب(٣) في الموضع المعتاد فمات لم يكن عليه شيء، وإن زاد على ذلك يسيرا ووقع القطع فيما قارب كان خطأ، وإن زاد على ذلك فيما لا يشك فيه أن ذلك عمد كان فيه القصاص، وإن تردد بين الخطأ والعمد كانت فيه دية مغلظة. (١)

وذهب الشافعية إلى أنه إن وجب له القصاص بالسيف فضربه فأصاب غير الموضع وادعى أنه أخطأ، فإن كان يجوز في مثله الخطأ فالقول قوله مع يمينه، لأن ما يدعيه محتمل، وإن كان لا يجوز في مثله الخطأ لم يقبل قوله ولا يسمع فيه يمينه، لأنه لا يحتمل ما يدعيه، وإن أراد أن يعود ويقتص فقد قال في موضع لا يمكن، وقال في موضع يمكن.

وقال: ومن وجب له القصاص في موضحة فاستوفى أكثر من حقه وجب عليه القود في الزيادة، وإن كان خطأ وجب عليه الأرش. (٢)

وذهب الحنابلة إلى أنه إن كانت الزيادة خطأ مثل أن يستحق قطع أصبع فيقطع اثنتين، أو جرحا لا يوجب القصاص، مثل أن يستحق موضحة فاستوفاها هاشمة فعليه أرش الزيادة إلا أن يكون ذلك بسبب من الجاني كاضطرابه حال الاستيفاء فلا شيء على المقتص مع يمينه، لأن هذا مما يمكن الخطأ فيه وهو أعلم بقصده. (٣)

---

(١) المغني ٩/١٤٥، ١٤٦، ١٦٠، وكشاف القناع ٦/٦٠

(٢) البدائع ١٠/٤٧٧٩

(٣) المراد: الطبيب المباشر للقصاص.

(١) شرح الخرشي ٨/١٥، ١٦

(٢) المهذب ٢/١٨٧

(٣) المغني ٨/٢٨٦

حكم الخطأ في الفتوى من حيث الضمان وعدمه :

٧٥ ـ عند الحنفية في تضمين المفتي إذا أخطأ قولان : الأول : تضمين المفتي إذا ترتب على فتواه ضرر للمستفتي قياسا على خطأ القاضي ، والثاني : عدم تضمينه لأنه متسبب وليس مباشرا . [1]

وذهب المالكية إلى أن المفتي إذا أتلف بفتواه شيئا وتبين خطؤه فيها ، فإن كان مجتهدا لم يضمن ، وإن كان مقلدا ضمن إن انتصب وتولى فعل ما أفتى فيه ، وإلا كانت فتواه غرورا قوليا ، لا ضمان فيه ويزجر ، وإن لم يتقدم له اشتغال بالعلم أُدِّب . [2]

وذهب الشافعية إلى أنه إذا عُمِل بفتواه في إتلاف فبان خطؤه ، وأنه خالف دليلا قاطعا فعن أبي إسحاق أنه يضمن إن كان أهلا للفتوى ، ولا يضمن إن لم يكن أهلا للفتوى ، لأن المستفتي قصَّر . حكاه أبو عمرو وسكت عليه .

وقال النووي : ينبغي أن يخرج الضمان على قولي الغرور المعروفين في بابي الغصب والنكاح وغيرهما ، أو يقطع بعدم الضمان ، إذ ليس في الفتوى إلزام ولا إلجاء . [3]

(١) حاشية ابن عابدين ٥ / ٤١٩

(٢) حاشية الدسوقي ١ / ٢٠

(٣) المجموع ١ / ٤٥

وذهب الحنابلة إلى أنه إن بان خطأ الحاكم في إتلاف ، كقطع وقتل ، لمخالفة دليل قاطع ، أو بان خطأ مفت ليس أهلا للفتيا ضمنا ، أي الحاكم والمفتي ، لأنه إتلاف حصل بفعلهما ، أشبه ما لو باشراه ، وعلم منه أنه لو أخطأ فيما ليس بقاطع مما يقبل الاجتهاد لا ضمان . [1]

خطّ

انظر : توثيق

خطاب الله

انظر : حكم

خطاف

انظر : أطعمة

(١) كشاف القناع ٦ / ٣٦٠

خُطبة

التعريف :

١ ـ الخطبة ـ بضم الخاء ـ لغة الكلام المنثور يخاطب به متكلم فصيح جمعا من الناس لإقناعهم .[١]

والخطيب : المتحدث عن القوم ، ومن يقوم بالخطابة في المسجد وغيره .

والخطبة في الاصطلاح هي الكلام المؤلف الذي يتضمن وعظا وإبلاغا على صفة مخصوصة .[٢]

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الموعظة :

٢ ـ الموعظة هي النصح والتذكير بالعواقب ، والأمر بالطاعة .

قال الخليل : هي التذكير بالخير فيما يرق له القلب .[٣]

(١) المعجم الوسيط .
(٢) دستور العلماء ٢ / ٨٦ ـ الأعلمي ، تهذيب الأسماء واللغات ٣ / ٩٢ ـ المنيرية ، كشاف الاصطلاحات (خطب) .
(٣) المفردات ، المصباح ، المعجم الوسيط .

ب ـ الوصية :

٣ ـ الوصية هي لغة التقدم إلى الغير بما يعمل به مقترنا بوعظ .[١]

ج ـ النصيحة :

٤ ـ النصيحة هي الدعوة إلى ما فيه الصلاح ، والنهي عما فيه الفساد .

ومن آدابها أن تكون سرا ، في حين يشترط في الخطبة أن يسمعها جماعة من الناس .[٢]

د ـ الكلمة :

٥ ـ تستعمل الكلمة بمعنى الكلام المؤلف المطول : خطبة كان أو غيرها كالقصيدة والمقالة والرسالة .[٣]

أحكام الخطب المشروعة :

٦ ـ الخطب المشروعة هي : خطبة الجمعة ، والعيدين ، والكسوفين ، والاستسقاء ، وخطب الحج ، وكلها بعد الصلاة إلا خطبة الجمعة ، وخطبة الحج يوم عرفة .

ومن الخطب المشروعة أيضا الخطبة في خِطبة النكاح .

(١) المفردات
(٢) التعريفات للجرجاني ٢٤١ ، المفردات ، النهاية ـ دار الفكر ، المعجم الوسيط .
(٣) شرح الكافية ـ للرضي دار الكتب ١ / ٣ ، حاشية الخضري على ابن عقيل ـ الحلبي ١ / ١٥ ، والمعجم الوسيط .

أ - خطبة الجمعة :

حكمها :

٧ - هي شرط لصحة الجمعة.(١)

واتفقوا على أن الخطبتين شرط في انعقاد الجمعة، إلا الحنفية فإنهم يرون أن الشرط خطبة واحدة، وتسن خطبتان.

ودليل الجمهور فعله ﷺ، مع قوله: «صلوا كما رأيتموني أصلي»(٢) ولأن الخطبتين أقيمتا مقام الركعتين، وكل خطبة مكان ركعة، فالإخلال بإحداهما كالإخلال بإحدى الركعتين.(٣)

أركانها :

٨ - اختلف الفقهاء في أركان خطبة الجمعة :

فذهب أبو حنيفة إلى أن ركن الخطبة تحميدة أو تهليلة أو تسبيحة، لأن المأمور به في قوله تعالى: ﴿فاسعوا إلى ذكر الله﴾(٤) مطلق الذكر الشامل للقليل والكثير، والمأثور عنه ﷺ لا يكون بيانا لعدم الإجمال في لفظ الذكر.

(١) الشرح الصغير - دار المعارف ١/ ٤٩٩، القوانين الفقهية - دار الكتاب ص٨٠

(٢) حديث: «صلوا كما رأيتموني أصلي» أخرجه البخاري (الفتح ٢/ ١١١ - ط السلفية) من حديث مالك بن الحويرث.

(٣) ابن عابدين ١/ ٥٤٤، المواق/ ١٥٨، نهاية المحتاج ٢/ ٢٩٩، المغني ٢/ ٣٠٤، الإفصاح - السعيدية ١/ ١٦١، البناية - دار الفكر ٢/ ٨٠٢

(٤) سورة الجمعة/ ٩

وقال الصاحبان: لابد من ذكر طويل يسمى خطبة.(١)

أما المالكية فيرون أن ركنها هو أقل ما يسمى خطبة عند العرب ولو سجعتين، نحو: اتقوا الله فيما أمر، وانتهوا عما عنه نهى وزجر.

فإن سبح أو هلل أو كبر لم يجزه.(٢)

وجزم ابن العربي أن أقلها حمد الله والصلاة على نبيه ﷺ وتحذير، وتبشير، ويقرأ شيئا من القرآن.(٣)

وذهب الشافعية إلى أن لها خمسة أركان وهي:(٤)

أ - حمد الله، ويتعين لفظ (الله) ولفظ (الحمد).

ب - الصلاة على النبي ﷺ، ويتعين صيغة صلاة، وذكر النبي ﷺ باسمه أو بصفته، فلا يكفي صلى الله عليه.

ج - الوصية بالتقوى، ولا يتعين لفظها.

د - الدعاء للمؤمنين في الخطبة الثانية.

هـ - قراءة آية مفهمة - ولو في إحداهما - فلا يكتفى بنحو «ثم نظر»، لعدم استقلالها بالإفهام، ولا بمنسوخ التلاوة، ويسن جعلها في الخطبة الأولى.

(١) ابن عابدين ١/ ٥٤٣، فتح القدير ١/ ٤١٥

(٢) الشرح الصغير ١/ ٤٩٩، القوانين الفقهية ص٨٠

(٣) الحطاب - ليبيا ٢/ ١٦٥

(٤) نهاية المحتاج ٢/ ٣٠٠، أسنى المطالب - المكتبة الإسلامية ١/ ٢٥٦

واستدلوا على هذه الأركان بفعل النبي ﷺ.

أما أركانها عند الحنابلة فأربعة، وهي: (١)

أ ـ حمد الله تعالى، بلفظ الحمد.

ب ـ الصلاة على رسول الله ﷺ بصيغة الصلاة.

ج ـ الموعظة، وهي القصد من الخطبة، فلا يجوز الإخلال بها.

د ـ قراءة آية كاملة.

وزاد بعضهم ركنين آخرين: (٢)

أ ـ الموالاة بين الخطبتين، وبينهما وبين الصلاة.

فلا يفصل بين أجزاء الخطبتين، ولا بين إحداهما وبين الأخرى، ولا بين الخطبتين وبين الصلاة.

ب ـ الجهر بحيث يسمع العدد المعتبر للجمعة، حيث لا مانع.

وعدهما الآخرون في الشروط ـ وهو الأليق ـ كما يعرف من الفرق بين الركن والشرط في علم أصول الفقه. (٣)

شروطها:

٩ ـ اتفق الفقهاء على بعض الشروط لصحة الخطبة وهي:

(١) الكافي ـ المكتب الإسلامي ١/ ٢٢٠، المحرر ـ السنة المحمدية ١/ ١٤٦، كشاف القناع ٢/ ٣٢

(٢) نيل المآرب ـ ١/ ٥٧ ط بولاق.

(٣) المجموع المذهب للعلائي ـ مكتوب على الآلة الطابعة ١/ ٢٣٤، ٢٥٤، التعريفات ـ دار الكتاب ١٤٩، ١٦٦

١) أن تقع في وقت الجمعة.

ووقتها عند الجمهور هو وقت الظهر، يبدأ من بعد الزوال إلى دخول وقت العصر، للأخبار في ذلك، وجريان العمل عليه.

أما الحنابلة فيرون أن وقتها يبدأ من أول وقت العيد، وهو بعد ارتفاع الشمس بمقدار رمح. (١)

واستدل الحنابلة بحديث عبدالله بن سيدان قال «شهدت الجمعة مع أبي بكر رضي الله عنه فكانت خطبته وصلاته قبل نصف النهار، ثم شهدتها مع عمر رضي الله عنه فكانت خطبته وصلاته إلى أن أقول: قد انتصف النهار، ثم شهدتها مع عثمان رضي الله عنه فكانت صلاته وخطبته إلى أن أقول: قد زال النهار، فما رأيت أحدا عاب ذلك ولا أنكره». (٢)

٢) أن تكون قبل الصلاة. (٣)

فلو خطب بعدها أعاد الصلاة ـ فقط ـ إن قرب، وإلا استأنفها، لأن من شروطها وصل الصلاة بها. (٤)

(١) ابن عابدين ٢/ ٥٤٣، البناية ٢/ ٨١٠، الدسوقي على الشرح الكبير ـ دار الفكر ١/ ٣٧٨، الشرح الصغير ١/ ٤٩٩، أسنى المطالب ١/ ٢٥٦، نهاية المحتاج ٢/ ٣٠٤، كشاف القناع ٢/ ٣٢، نيل المآرب ١/ ٥٦، الطحطاوي على مراقي الفلاح ـ دار الإيمان ٢٧٧.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في المصنف ٣/ ١٧٥ ـ ط المجلس العلمي بالهند.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٣٧٨

٣) حضور جماعة تنعقد بهم. (١)

واختلفوا في العدد الذي تصح بهم، فذهب الحنفية إلى أنه يكفي حضور واحد من أهلها سوى الإمام - على الصحيح -. (٢)

أما المالكية فيرون وجوب حضور اثني عشر من أهلها الخطبتين، فإن لم يحضروهما من أولهما لم يكتف بذلك، لأنهما منزلتان منزلة ركعتين من الظهر. (٣)

وذهب الشافعية والحنابلة إلى وجوب حضور أربعين من أهل وجوبها.

فلو حضر العدد، ثم انفضوا كلهم أو بعضهم، وبقي ما دون الأربعين، فإن انفضوا قبل افتتاح الخطبة لم يبتدأ بها حتى يجتمع أربعون، وإن كان في أثنائها فإن الركن المأتي به في غيبتهم غير محسوب، فإن عادوا قبل طول الفصل بنى على خطبته، وبعد طوله يستأنفها لفوات شرطها وهو الموالاة. (٤) هذا هو المعتمد وفي المذاهب أقوال أخرى ينظر في المطولات.

٤) رفع الصوت بها، بحيث يسمع العدد

(١) المراجع السابقة.

(٢) ابن عابدين ١/٥٤٣، الطحطاوي على مراقي الفلاح ٢٧٧

(٣) الدسوقي ١/٣٧٨، الشرح الصغير ١/ ٤٩٩

(٤) الروضة - المكتب الإسلامي ٢/٧، كشاف القناع ٢/ ٣٣

المعتبر، إن لم يعرض مانع. (١)

واختلفوا في وجوب الإنصات على المصلين، فمذهب الجمهور أنه واجب، وأنه يحرم الكلام إلا للخطيب أو لمن يكلمه الخطيب، وكذا لتحذير إنسان من مهلكة. (٢) ودليلهم قوله تعالى: ﴿وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا﴾، (٣) وقوله ﷺ «إذا قلت لصاحبك يوم الجمعة: أنصت والإمام يخطب فقد لغوت». (٤)

ومذهب الشافعية في القديم متفق مع مذهب الجمهور، أما في الجديد فإنه لا يجب الإنصات ولا يحرم الكلام، لما صح أن أعرابيا قال للنبي ﷺ وهو يخطب: يارسول الله هلك المال وجاع العيال...» (٥)

(١) مراقي الفلاح ص٢٧٨، وابن عابدين ١/ ٥٤٣، والدسوقي ١/٣٧٨، والشرح الصغير ١/ ٤٩٩ ونهاية المحتاج ٢/ ٣٠٤ وأسنى المطالب ١/ ٢٥٧، وكشاف القناع ٢/٣٢، ونيل المآرب ١/ ٥٦

(٢) بدائع الصنائع ١/ ٢٦٣، ابن عابدين ٢/ ٣٦٦، الدسوقي ١/ ٣٨٧، الشرح الصغير ١/ ٥٠٩، كشاف القناع ٢/ ٤٧

(٣) سورة الأعراف/ ٢٠٤

(٤) حديث: «إذا قلت لصاحبك يوم الجمعة...» أخرجه البخاري (الفتح ٢/ ٤١٤ - ط السلفية) ومسلم (٢/ ٥٨٣ - ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(٥) حديث: «أن أعرابيا قال للنبي ﷺ يارسول الله، هلك...» أخرجه البخاري (الفتح ٢/ ٤١٣ - ط السلفية) من حديث أنس.

وسأله آخر عن موعد الساعة،[1] ولم ينكر عليهما، ولم يبين لهما وجوب السكوت.

وحملوا الأمر على الندب، والنهي على الكراهة.[2]

٥) الموالاة بين أركان الخطبة، وبين الخطبتين، وبينهما وبين الصلاة.

ويغتفر يسير الفصل، هذا ما ذهب اليه الجمهور، أما الحنفية فيشترطون أن لا يفصل بين الخطبة والصلاة بأكل أو عمل قاطع، أما إذا لم يكن قاطعا كما إذا تذكر فائتة وهو في الجمعة فاشتغل بقضائها أو أفسد الجمعة فاحتاج إلى إعادتها، أو افتتح التطوع بعد الخطبة فلا تبطل الخطبة بذلك، لأنه ليس بعمل قاطع، ولكن الأولى إعادتها، وإن تعمد ذلك يصير مسيئا.[3]

٦) كونها بالعربية، تعبداً. للاتباع، والمراد أن تكون أركانها بالعربية، ولأنها ذكر مفروض

(١) حديث: «سؤال الأعرابي للرسول ﷺ: عن موعد الساعة» أخرجه ابن خزيمة (٣/ ١٤٩ ـ ط المكتب الإسلامي)، من حديث أنس بن مالك. وإسناده صحيح.
(٢) نهاية المحتاج ٢/ ٣٠٦، الروضة ٢/ ٢٨
(٣) الطحطاوي على مراقي الفلاح ٢٧٨، ابن عابدين ١/ ٥٤٣، الدسوقي ١/ ٣٧٨، الشرح الصغير ١/ ٤٩٩، نهاية المحتاج ٢/ ٣٠٤، أسنى المطالب ١/ ٢٥٧، كشاف القناع ٢/ ٣٢، نيل المآرب ١/ ٥٦

فاشترط فيه ذلك كتكبيرة الإحرام، ولو كان الجماعة عجما لا يعرفون العربية. وهذا ما ذهب إليه الجمهور.

وقال أبو حنيفة وهو المعتمد عند الحنفية: تصح بغير العربية، ولو كان الخطيب عارفا بالعربية، ووافق الصاحبان الجمهور في اشتراط كونها بالعربية إلا للعاجز عنها.

وذهب المالكية إلى أنه عند العجز عن الإتيان بها بالعربية لا تلزمهم الجمعة.[1]

وذهب المالكية إلى أنه يشترط في الخطيب أن يكون عارفا معنى ما يقول، فلا يكفي أعجمي لقن من غير فهم ـ على الظاهر ـ.[2]

وقال الشافعية: عند عدم من يخطب بالعربية إن أمكن تعلم العربية خوطب به الجميع فرض كفاية وإن زادوا على الأربعين، فإن لم يفعلوا عصوا ولا جمعة لهم بل يصلون الظهر، وأجاب القاضي عن سؤال ما فائدة الخطبة بالعربية إذا لم يعرفها القوم بأن فائدتها العلم بالوعظ من حيث الجملة. ويوافقه قول الشيخين فيما إذا سمعوا الخطبة ولم يعرفوا معناها أنها تصح. وإن لم يمكن تعلمها خطب واحد

(١) المراجع السابقة.
(٢) الدسوقي ١/ ٣٧٨

بلغتـه، وإن لم يعـرفها القوم، فإن لم يحسن أحد منهم الترجمة فلا جمعة لهم لانتفاء شرطها.[1]

٧) النيـة: اشترط الحنفية والحنابلة النية لصحة الخطبـة، لقـوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات».[2]

فلو حمد الله لعطـاسـه أو تعجبـا، أو صعد المنبر وخطب بلا نية فلا تصح.[3]

ولم يشترط المالكية والشافعية النية لصحة الخطبة.[4]

وهنـاك أمـور شرطهـا بعض الفقهـاء وذهب الجمهور إلى سنيتها وتأتي في السنن.

سننها:

١٠ - تنقسم هذه السنن إلى سنن متفق عليهـا وأخرى مختلف فيها.

أما السنن المتفق عليها فهي:

١) أن تكـون الخطبـة على منبر لإلقاء الخطبة، اتبـاعـا للسنـة، ويستحب أن يكون المنبر على يمـين المحـراب (بـالنسبـة للمصلي)، للاتباع.

(١) نهاية المحتاج ٢/ ٣٠٤، الروضة ٢/ ٢٦

(٢) حديث: «إنـما الأعـمال بالنيـات . . . ». أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٩ - ط السلفية) ومسلم (٣/ ١٥١٥ - ط الحلبي) من حديث عمر بن الخطاب.

(٣) ابن عابـدين ٢/ ٥٤٣، الطحـاوي ٢٧٧، كشـاف القناع ٢/ ٣٣، نيل المآرب ١/ ٥٦

(٤) نهايـة المحتاج ٢/ ٣١٢، أسنى المطالب ١/ ٢٥٩، الشرح الصغير ١/ ٤٩٩

فإن لمن يتيسـر المنـبر فعلى موضـع مرتفع، لأنه أبلغ في الإعلام.[1]

٢) الجلوس على المنبر قبل الشروع في الخطبة، عملا بالسنة.[2]

٣) استقبـال الخطيب القـوم بوجهه، ويستحب للقـوم الإقبـال بوجههم عليـه، وجـاءت فيه أحاديث كثيرة، منها حديث عدي بن ثابت عن أبيـه قال: «كـان النبي ﷺ إذا قام على المنـبر استقبله أصحابه بوجوههم».[3]

٤) الأذان بين يدي الخطيـب، إذا جلس على المنـبر. وهـذا الأذان هو الـذي كان على عهـد النبي ﷺ، فعن السائب بن يزيد رضي الله عنه أنـه قال «إن الأذان يوم الجمعـة كان أولـه حين يجلس الإمـام يوم الجمعـة على المنـبر، في عهد رسـول الله ﷺ وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما، فلما كان في خلافـة عثمان رضي الله عنـه وكثروا

(١) الفتـاوى الهنـديـة - تركيـا ١/ ١٤٧، الطحطـاوي ٢٨٠، القـوانـين الفقهيـة ص٨٠، جواهـر الإكليـل ١/ ٩٦، المجموع - السلفية ٤/ ٥٢٧، المغني ٢/ ٢٩٦

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الفتـاوى الهنـديـة ١/ ١٤٦، الطحطـاوي ٢٨٠، الشرح الصغـير ١/ ٥٠٣، القـوانـين الفقهيـة ٨٠، المجمـوع ٤/ ٥٢٨، المغني ٢/ ٣٠٣

وحـديث: «كـان إذا قام على المنبر استقبله أصحـابـه بوجـوههم». أخـرجـه ابن ماجـة (١/ ٣٦٠ - ط الحلبي)، وقـال البـوصـيري: «رجـال إسنـاده ثقات، إلا أنه مرسل» ولكن ذكر له البيهقي في سننه (٣/ ١٩٨ - ط دائرة المعارف العثمانية) شواهد تقويه.

أمر عثمان يوم الجمعة بالأذان الثالث فأذن به على الزوراء، فثبت الأمر على ذلك.(١)

٥) رفع الصوت بالخطبة زيادة على الجهر الواجب السابق بيانه لأنه أبلغ في الإعلام،(٢) لقول جابر رضي الله عنه «كان رسول الله ﷺ إذا خطب احمرت عيناه، وعلا صوته، واشتد غضبه، حتى كأنه منذر جيش يقول: صبحكم ومساكم».(٣)

٦) تقصير الخطبتين، وكون الثانية أقصر من الأولى،(٤) لقوله ﷺ: «إن طول صلاة الرجل، وقصر خطبته مئنة من فقهه، فأطيلوا الصلاة، واقصروا الخطبة».(٥)

ويستحب أن تكون الخطبة فصيحة بليغة مرتبة مفهومة، بلا تمطيط ولا تقعير، ولا تكون ألفاظا مبتذلة ملفقة، حتى تقع في النفوس موقعها.(١)

٧) أن يعتمد الخطيب على قوس أو سيف أو عصا، لما روى الحكم بن حزن رضي الله عنه قال: «وفدت إلى رسول الله ﷺ... فأقمنا أياما شهدنا فيها الجمعة مع رسول الله ﷺ، فقام متوكئا على عصا أو قوس فحمد الله وأثنى عليه كلمات خفيفات طيبات مباركات».(٢)

وللحنفية تفصيل في المسألة فقالوا: يتكىء على السيف في كل بلدة فتحت عنوة، ليريهم قوة الإسلام والحزم، ويخطب بدونه في كل بلدة فتحت صلحا.(٣)

١١ ـ وأما السنن المختلف فيها فهي:

١) القيام في الخطبة مع القدرة، للاتباع.

وهو شرط عند الشافعية وأكثر المالكية.(٤)

---

(١) الطحطاوي ٢٨٠، العدوي على الرسالة ١/ ٣٢٧، والمجموع ٤/ ٥٢٧، المغني ٢/ ٢٩٧

وحديث السائب بن يزيد: «أن الأذان يوم الجمعة...». أخرجه البخاري (الفتح ٢/ ٣٩٧ ـ ط السلفية).

(٢) الطحطاوي ٢٨١، الشرح الصغير ١/ ٥٠٦، المجموع ٤/ ٥٢٨، المغني ٢/ ٣٠٨

(٣) حديث: «كان إذا خطب احمرت عيناه...» أخرجه مسلم (٢/ ٥٩٢ ـ ط الحلبي).

(٤) الطحطاوي ٢٨١، الشرح الصغير ١/ ٥٠٦، المجموع ٤/ ٥٢٨، المغني ٢/ ٣٠٨

(٥) حديث: «إن طول صلاة الرجل، وقصر خطبته...» أخرجه مسلم (٢/ ٥٩٤ ـ ط الحلبي) من حديث عمار بن ياسر.

(١) المجموع ٤/ ٥٢٨

(٢) حديث: الحكم بن حزن: «وفدت إلى رسول الله ﷺ...» أخرجه أبو داود (١/ ٦٥٨ ـ ٦٥٩ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس)، وإسناده حسن.

(٣) الطحطاوي ص٢٨٠، الشرح الصغير ١/ ٥٠٧، المجموع ٤/ ٥٢٨، المغني ٢/ ٣٠٩

(٤) نهاية المحتاج ٢/ ٣٠٦، أسنى المطالب ١/ ٢٥٧، الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٣٧٩، الشرح الصغير ١/ ٤٩٩

وقال الدردير: الأظهر أن القيام واجب غير شرط، فإن جلس أثم وصحت.[1]

فإن عجز خطب قاعدا فإن لم يمكنه خطب مضطجعا كالصلاة، ويجوز الاقتداء به سواء أقال لا أستطيع أم سكت، لأن الظاهر أن ذلك لعذر.

والأولى للعاجز الاستنابة.[2]

وهو سنة عند الحنفية والحنابلة، ولو قعد فيهما أو في إحداهما أجزأ، وكره من غير عذر.[3]

٢) الجلوس بين الخطبتين مطمئنا فيه، للاتباع.

وهو سنة عند الجمهور.[4] وشرط عند الشافعية.[5]

٣) الطهارة من الحدث والخبث غير المعفو عنه في الثوب والبدن والمكان.

وهي ليست شرطا عند الجمهور بل هي سنة.

وهي شرط عند الشافعية وأبي يوسف.[6]

(١) الشرح الصغير ١/ ٤٩٩

(٢) نهاية المحتاج ٢/ ٣٠٦، أسنى المطالب ١/ ٢٥٧

(٣) الطحطاوي ٢٨٠، المغني ٢/ ٣٠٣، كشاف القناع ٢/ ٣٦

(٤) الطحطاوي ٢٨١، الشرح الصغير ١/ ٥٠٣، كشاف القناع ٢/ ٣٦

(٥) المراجع السابقة.

(٦) حاشية الطحطاوي ص٢٨٠، ونهاية المحتاج ١/ ٣١١، وأسنى المطالب ١/ ٢٥٧ والشرح الصغير ١/ ٥١١، والمغني ٢/ ٣٠٧، نيل المآرب ١/ ٥٧

قال الشافعية: فلو أحدث في أثناء الخطبة استأنفها، وإن سبقه الحدث وقصر الفصل، لأنها عبادة واحدة فلا تؤدى بطهارتين كالصلاة، ومن ثم لو أحدث بين الخطبة والصلاة وتطهر عن قرب لم يضر.[1]

والمشهور من مذهب المالكية أن الطهارة ليست شرطا لصحة الخطبتين ولكن تركها مكروه.[2]

٤) ستر العورة:

ستر العورة سنة عند الجمهور وهو شرط عند الشافعية.[3]

٥) السلام على الناس:

يسن عند الشافعية والحنابلة أن يسلم الخطيب على الناس مرتين إحداهما حال خروجه للخطبة (أي من حجرته أو عند دخوله المسجد إن كان قادما من خارجه) والأخرى، إذا وصل أعلى المنبر وأقبل على الناس بوجهه.[4]

وقال الحنفية والمالكية: يندب سلامه على الناس عند خروجه للخطبة فقط، ولا يسلم

(١) نهاية المحتاج ٢/ ٣١٢

(٢) الشرح الصغير ١/ ٥١١

(٣) المجموع ٤/ ٥١٥، نهاية المحتاج ٢/ ٣١١، الطحطاوي ص٢٨٠، نيل المآرب ١/ ٥٧ والقول بسنية ستر العورة إنما هو في حق صحة الخطبة أو عدمها، حيث إنهم متفقون على وجوب ستر العورة وحرمة كشفها لغير عذر.

(٤) المجموع ٤/ ٥٢٧، المغني ٢/ ٢٩٦

على المصلين عند انتهاء صعوده على المنبر واستوائه عليه، ولا يجب رده، لأنه يلجئهم إلى ما نهوا عنه. (١)

٦ - البداءة بحمد الله والثناء عليه، ثم الشهادتين ثم الصلاة على النبي ﷺ، والعظة والتذكير، وقراءة آية من القرآن، والدعاء فيها للمؤمنين سنة عند الحنفية، والمالكية، كما يندب عند المالكية أيضا ختمها بيغفر الله لنا ولكم. (٢)

وقال الشافعية والحنابلة: يستحب الترتيب بأن يبدأ بالحمد، ثم بالثناء، ثم بالصلاة، ثم بالموعظة، فإن نكس أجزأه لحصول المقصود. وهذا الترتيب سنة عندهم. (٣)

والدعاء للمؤمنين سنة عند الجمهور إلا الشافعية فإنه ركن عندهم. (٤) وقد تقدم.

٧ - صرح الشافعية بسنية حضور الخطيب بعد دخول الوقت، بحيث يشرع في الخطبة أول وصوله إلى المنبر، لأن هذا هو المنقول، ولا يصلي تحية المسجد. (٥)

(١) الطحطاوي ص٢٨٣، وجواهر الإكليل ١/ ٩٦، القوانين الفقهية ٨٠

(٢) الطحطاوي ٢٨١، الشرح الصغير ١/ ٥٠٦

(٣) كشاف القناع ٢/ ٣٣، المجموع ٤/ ٥٢٢، نهاية المحتاج ٢/ ٣١١

(٤) كشاف القناع ٢/ ٣٧.

(٥) المجموع ٤/ ٥٢٩

٨ - أن يصعد الخطيب المنبر على تؤدة، وأن ينزل مسرعا عند قول المؤذن قد قامت الصلاة. (١)

مكروهاتها:

١٢ - قال الحنفية: يكره التطويل من غير قيد بزمن، في الشتاء لقصر الزمان، وفي الصيف للضرر بالزحام والحر، ويكره ترك شيء من سنن الخطبة، وإذا خرج الإمام فلا صلاة ولا كلام، إلا إذا تذكر فائتة ولو وترا، وهو صاحب ترتيب فلا يكره الشروع فيها حينئذ، بل يجب لضرورة صحة الجمعة، ويكره التسبيح وقراءة القرآن والصلاة على النبي ﷺ، إذا كان يسمع الخطبة، إلا إذا أمر الخطيب بالصلاة على النبي ﷺ فإنه يصلي سرا إحرازا للفضيلتين، ويحمد في نفسه إذا عطس - على الصحيح - ويكره تشميت العاطس ورد السلام، لاشتغاله بسماع واجب، ويجوز إنذار أعمى وغيره إذا خشي تعرضه للوقوع في هلاك، لأن حق الآدمي مقدم على الإنصات - حق الله -.

ويكره لحاضر الخطبة الأكل والشرب، وقال الكمال: يحرم الكلام وإن كان أمرا بمعروف أو تسبيحا، والأكل والشرب والكتابة.

ويكره العبث والالتفات، ويكره تخطي

(١) كشاف القناع ٢/ ٣٨

رقاب الناس إذا أخذ الخطيب بالخطبة، ولا بأس به قبل ذلك.[1]

١٣ - وقال المالكية: يكره تخطي الرقاب قبل جلوس الخطيب على المنبر لغير فرجة، لأنه يؤذي الجالسين، وأن يخطب الخطيب على غير طهارة، والتنفل عند الأذان الأول لجالس في المسجد يقتدى به كعالم وأمير، كما يكره التنفل بعد صلاة الجمعة إلى أن ينصرف الناس، ويحرم الكلام من الجالسين حال الخطبة وبين الخطبتين، ولو لم يسمعوا الخطبة إلا أن يلغو الخطيب في خطبته، بأن يأتي بكلام ساقط، فيجوز الكلام حينئذ، ويحرم السلام من الداخل أو الجالس على أحد، وكذا رده، ولو بالإشارة، ويحرم تشميت العاطس، ونهي لاغ، والإشارة له، والأكل والشرب، وابتداء صلاة نفل بعد خروج الخطيب للخطبة، ولو لداخل.[2]

١٤ - وقال الشافعية: يكره في الخطبة أشياء منها:

ما يفعله بعض جهلة الخطباء من الدق على درج المنبر في صعوده، والدعاء إذا انتهى صعوده قبل جلوسه، والالتفات في الخطبة، والمجازفة في أوصاف السلاطين في الدعاء لهم وكذبهم في كثير من ذلك، والمبالغة في الإسراع في الخطبة الثانية، وخفض الصوت بها، واستدبار الخطيب للمصلين، وهو قبيح خارج عن عرف الخطاب، والتقعير والتمطيط في الخطبة، ويكره شرب الماء للمصلين أثناء الخطبة للتلذذ، ولا بأس بشربه للعطش، ويكره للداخل أن يسلم والإمام يخطب، ويجب الرد عليه، ويستحب للمستمع تشميت العاطس لعموم الأدلة، ويكره تحريما تنفل من أحد من الحاضرين بعد صعود الخطيب على المنبر وجلوسه عليه، ويجب على من كان في صلاة تخفيفها عند صعود الخطيب المنبر وجلوسه، ويكره الأذان جماعة بين يدي الخطيب.[1]

وتستثنى التحية لداخل المسجد والخطيب على المنبر فيسن له فعلها، ويخففها وجوبا لقول النبي ﷺ: «إذا جاء أحدكم يوم الجمعة والإمام يخطب فليركع ركعتين وليتجوز فيهما».[2] (ر: تحية ف/٥)

١٥ - وقال الحنابلة: يكره الالتفات في الخطبة، واستدبار الناس، ويكره للإمام رفع يديه حال الدعاء في الخطبة، ولا بأس بأن يشير بأصبعه في دعائه، ويكره الدعاء عقب صعوده المنبر،

---

(١) الطحطاوي ٢٨١ - ٢٨٣، الفتاوى الهندية ١/ ١٤٧

(٢) الشرح الصغير ١/ ٥١١ - ٥١٣، الزرقاني - دار الفكر ٢/ ٦٤

(١) المجموع ٤/ ٥٢٨، ٥٢٩، نهاية المحتاج ٢/ ٣٠٩ - ٣١٥

(٢) وحديث: «إذا جاء أحدكم يوم الجمعة والإمام يخطب، فليركع ركعتين وليتجوز فيهما». أخرجه مسلم (٢/ ٥٩٧ - ط الحلبي) من حديث جابر بن عبدالله.

ويكـره للمصـلي أن يسند ظهره إلى القبلة، ومد رجليـه إلى القبلة، ويكـره رفـع الصـوت قدام بعض الخطبـاء، وابتداء تطوع بخروج الخطيب خلا تحية المسجد فلا يمنع الداخل منها، ويكره العبث، وشـرب ماء عنـد سماع الخطبـة، ما لم يشتد عطشه. [1]

ب ـ خطبة العيدين :

حكمها :

١٦ ـ خطبتا العيد سنة لا يجب حضورهما ولا استماعهما، [2] لحديث عبدالله بن السائب قال: «شهـدت مع رسـول الله ﷺ العيـد فلما قضى الصلاة قال: «إنا نخطب، فمن أحب أن يجلس للخطبة فليجلس، ومن أحب أن يذهب فليذهب». [3]

وقـال بعض المـالكيـة: الخطبـة من سنة الصـلاة، فمن شهـد الصـلاة ممن تلزمـه أو لا تلزمـه من صبي أو امـرأة لم يكن له أن يترك

(١) كشاف القناع ٢/ ٣٦ ـ ٣٨، الفروع ٢/ ١١٩ ـ ١٢٨

(٢) ابن عابدين ١/ ٥٦١، الطحطاوي ٢٩٢، التاج والإكليل ٢/ ١٩٦، مواهب الجليل ٢/ ١٩٦، الشرح الصغير ١/ ٥٢٠، المجموع ٥/ ٢٢، نهاية المحتاج ٢/ ٣٨٠، المغني ٢/ ٣٨٤، كشاف القناع ٢/ ٥٥

(٣) حديث عبدالله بن السائب: شهدت العيد مع رسول الله ﷺ» أخرجه أبو داود (١/ ٦٨٣ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم (١/ ٢٩٥ ـ دائرة المعارف العثمانية) وصححه ووافقه الذهبي.

حضـور سنتهـا، كطواف النفل ليس له ان يترك ركوعه (أي ركعتي الطواف) لأنه من سنته. [1]

وهي كخطبـة الجمعـة في صفتها وأحكامها، إلا فيما يلي:

١ ـ أن تفعل بعد صلاة العيد، لا قبلها.

قال ابن قدامـة: وخطبتـا العيد بعد الصلاة لا نعلم فيـه (أي في كونهما بعـد الصلاة) خلافا بين المسلمين. [2]

فإذا خطب قبـل الصـلاة، فيرى الحنفيـة والمـالكيـة أنها صحيحـة وقـد أسـاء الخطيب بذلـك، أمـا الشـافعيـة والحنـابلة فيرون أنها لا تصح، ويعيدها بعد الصلاة. [3]

٢ ـ ويسن افتتـاحهـا بالتكبـير، كما يستحب أن يكـبر في أثنـائهـا، بخلاف خطبة الجمعة، فإنه يفتتحها بالحمد لله.

ويستحب عنـد الجمهـور أن يفتتـح الأولى بتسع تكبيرات والثانية بسبع، ويرى المالكية أنه لاحـد لذلـك، فإن كبر ثلاثا أو سبعا أو غيرها، فكل ذلك حسن.

ويستحب أن يبـين في خطبـة الفطر أحكـام زكاة الفطر، وفي الأضحى أحكام الأضحية [4]

(١) التاج ٢/ ١٩٦، مواهب الجليل ٢/ ١٩٦

(٢) المغني ٢/ ٣٨٤

(٣) المراجع السابقة.

(٤) المراجع السابقة.

٣ ـ أنه لا يشترط في خطبة العيد ـ عند الشافعية ـ القيام، والطهارة، وستر العورة، والجلوس بين الخطبتين. [١]

جـ ـ خطبة الكسوف :

١٧ ـ ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه لا خطبة لصلاة الكسوف، [٢] لأن النبي ﷺ أمر بالصلاة دون الخطبة. [٣]

وقال المالكية: يندب وعظ بعدها، يشتمل على الثناء على الله، والصلاة والسلام على نبيه، لفعله عليه الصلاة والسلام.

ولا يكون على طريقة الخطبة، لأنه لا خطبة لصلاة الكسوف. [٤]

ويندب عند الشافعية أن يخطب الإمام بعد صلاة الكسوف خطبتين كخطبتي الجمعة في أركانهما وسننهما، ولا تعتبر فيهما الشروط كما في العيد، واستدلوا بفعله ﷺ. [٥]

(١) نهاية المحتاج ٢/ ٣٨٠

(٢) الطحطاوي ص٢٩٨، كشاف القناع ٢/ ٦٢

(٣) أخرج البخاري من حديث ابن مسعود مرفوعا بلفظ «إن الشمس والقمر لا ينكسفان لموت أحد من الناس ولكنهما آيتان من آيات الله فإذا رأيتموهما فقوموا فصلوا» (فتح الباري ٢/ ٥٢٦ ـ ط السلفية).

(٤) الشرح الصغير ١/ ٥٣٥

(٥) حديث: «خطبة النبي ﷺ في الكسوف». أخرجه البخاري (الفتح ٢/ ٥٣٣ ـ ط السلفية) من حديث عائشة.

ولا تصح الخطبة إن قدمها على الصلاة. [١] وينظر التفصيل في (كسوف).

د ـ خطبة الاستسقاء :

١٨ ـ يندب عند جمهور الفقهاء أن يخطب الإمام بعد صلاة الاستسقاء خطبة كخطبة العيد في الأركان، والشروط، والسنن، يعظ المسلمين فيها ويخوفهم من المعاصي، ويأمرهم بالتوبة والإنابة والصدقة. [٢]

وذهب أبو حنيفة ـ وهو المعتمد ـ إلى أنه لا يصلي جماعة ولا يخطب. [٣]

واختلف الفقهاء في عدد الخطب وكيفيتها، فذهب المالكية والشافعية ومحمد بن الحسن إلى أنهما خطبتان كخطبتي العيد، لكن يستبدل بالتكبير الاستغفار.

وذهب الحنابلة وأبو يوسف إلى أنها خطبة واحدة.

قال الحنابلة: يكبر في أولها تسع تكبيرات، والمشهور عن أبي يوسف أنه لا يكبر. [٤]

وانظر التفصيل في (استسقاء).

(١) نهاية المحتاج ٢/ ٣٩٧

(٢) الشرح الصغير ١/ ٥٣٩، نهاية المحتاج ٢/ ٤١٢، كشاف القناع ٢/ ٦٩

(٣) ابن عابدين ١/ ٥٦٧

(٤) المراجع السابقة.

هـ ـ خطب الحج :

١٩ ـ اتفق الفقهاء على أنه يسن للإمام أو نائبه الخطبة في الحج، يبين فيها مناسك الحج للناس، وذلك اقتداء بالنبي ﷺ، واختلفوا في عدد الخطب التي يخطبها، فذهب الجمهور إلى أنها ثلاث خطب، وذهب الشافعية إلى أنها أربع.[1]

١ ـ الخطبة الأولى :

يسن عند الجمهور عدا الحنابلة أن يخطب الإمام أو نائبه بمكة في اليوم السابع من ذي الحجة، ويسمى بيوم الزينة، خطبة واحدة لا يجلس فيها يعلم فيها الناس مناسك الحج، اقتداء بالنبي ﷺ.[2]

٢ ـ الخطبة الثانية :

تسن هذه الخطبة يوم عرفة بنمرة، قبل أن يصلي الظهر والعصر ـ جمع تقديم ـ اقتداء بالنبي ﷺ، يعلم فيها الناس ما أمامهم من مناسك، ويحثهم على الاجتهاد في الدعاء والعبادة.

وهي خطبتان كخطبتي الجمعة عند الجمهور، وقال الحنابلة هي خطبة واحدة.[1]

٣ ـ الخطبة الثالثة :

يسن عند الشافعية والحنابلة أن يخطب الإمام يوم النحر بمنى، خطبة واحدة يعلم الناس فيها مناسكهم من النحر والإفاضة والرمي،[2] لما روى ابن عباس «أن النبي ﷺ خطب الناس يوم النحر، يعني بمنى».[3]

وذهب الحنفية والمالكية إلى أن هذه الخطبة تكون يوم الحادي عشر من ذي الحجة، لا يوم النحر، لأنه يوم اشتغال بالمناسك، يعلم فيها الناس جواز الاستعجال لمن أراد، وهي الخطبة الأخيرة عندهم.[4]

٤ ـ الخطبة الرابعة :

يسن عند الشافعية والحنابلة أن يخطب

---

(١) ابن عابدين ٢/ ١٧٢، الطحطاوي على الدر ١/ ٥٠١، القوانين الفقهية ١٣٢، مواهب الجليل ٣/ ١١٧، الروضة ٣/ ٩٣، الإيضاح ـ دار الكتب العلمية ص٩٠، المغني ٣/ ٤٠٧، ٤٤٥، ٤٥٦، كشاف القناع ٢/ ٤٩١، ٥٠٤، ٥١١

(٢) ابن عابدين ٢/ ١٧٢، الطحطاوي على الدر ١/ ٥٠١، القوانين الفقهية ١٣٢، مواهب الجليل ٣/ ١١٧، الروضة ٣/ ٩٢، الإيضاح ص٩٠

(١) المراجع السابقة، والمغني ٣/ ٤٠٧، كشاف القناع ٢/ ٤٩١

(٢) الروضة ٣/ ٩٣، الإيضاح ص٩٠، المغني ٣/ ٤٤٥، كشاف القناع ٢/ ٥٠٤، ووافقهم من الحنفية صاحب مراقي الفلاح وغيره، انظر الطحطاوي على المراقي ص٣٩٩

(٣) حديث ابن عباس: «أن النبي ﷺ خطب الناس يوم النحر». أخرجه البخاري (الفتح ٣/ ٥٧٣ ـ ط السلفية).

(٤) ابن عابدين ٢/ ١٧٣، الطحطاوي على الدر ١/ ٥٠٢، مواهب الجليل ٣/ ١١٧، والقوانين ص١٣٢

الإمام بمنى ثاني أيام التشريق خطبة واحدة يعلم فيها الناس جواز النفر وغير ذلك ويودعهم.(١)

و ـ خطبة النكاح :

٢٠ ـ يستحب أن يخطب العاقد أوغيره من الحاضرين خطبة واحدة، بين يدي العقد، وإن خطب بما ورد عن النبيﷺ فهو أحسن، وقال الشافعية: يستحب تقديم خطبتين، إحداهما قبل الخطبة، والأخرى قبل العقد.(٢)

خطبة الجمعة

انظر : خطبة، صلاة الجمعة



خطبة الحاجة

انظر : خطبة

خطبة العيد

انظر: خطبة، صلاة العيد

خطبة عرفة

انظر: خطبة

خطبة منى

انظر: خطبة

---

(١) الروضة ٣/ ٩٣، الإيضاح ٩٠، المغني ٣/ ٤٥٦، كشاف القناع ٣/ ٥١١

(٢) ابن عابدين ٢/ ٢٦٢، جواهر الإكليل ١/ ٢٧٥، قليوبي وعميرة ٣/ ٢١٥، كشاف القناع ٥/ ٢١ .

خِطبة

التعريف :

١ ـ الخطبـة ـ بكسـر الخاء ـ مصدر خطب، يقـال : خطب المـرأة خطبة وخطبا، واختطبها، إذا طلب أن يتـزوجها، واختطب القوم فلانا إذا دعوه إلى تزويج صاحبتهم. [١]

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي. [٢]

الألفاظ ذات الصلة :

النكاح :

٢ ـ النكاح مصدر نكح، يقال : نكح فلان امرأة ينكحها إذا تزوجها، ونكحها ينكحها : وطئها أيضا. [٣]

واصطـلاحـا : عقد يفيد ملك المتعة قصدا، بين رجل وامرأة من غير مانع شرعي. [١]

والخطبة مقدمة للنكاح، ولا يترتب عليها ما يترتب على النكاح.

وسيأتي تفصيل ذلك.

الحكم التكليفي :

٣ ـ الخطبة في الغالب وسيلة للنكاح، إذ لا يخلو عنها في معظم الصور، وليست شرطا لصحـة النكـاح فلو تم بدونها كان صحيحـا، وحكمها الإباحة عند الجمهور.

والمعتمد عند الشافعية[٢] أن الخطبة مستحبة لفعله ﷺ حيث خطب عائشـة بنت أبي بكـر، وخطب حفصة بنت عمر رضي الله عنهم. [٣]

أولا : اختلاف حكم الخطبة بالنظر إلى حال المرأة :

أ ـ خطبة الخلية :

٤ ـ اتفق الفقهاء على أن المرأة الخلية من النكاح

(١) القاموس المحيط ١/٦٥، لسـان العرب ١/٨٥٥، الصحاح في اللغة والعلوم ١/٣٥٣

(٢) رد المحتار على الدر المختار ٢/٢٦٢، جواهر الإكليل ١/٢٧٥، مـواهب الجليل ٣/٤٠٧، نهايـة المحتـاج ٦/١٩٧، حـاشية الجمـل ٤/١٢٨، أسنى المطالب ٣/١١٥، مغني المحتاج ٣/١٣٥، حاشيـة الشرقـاوي ٢/٢٤٣، المغني ٦/٦٠٤

(٣) لسان العرب ٣/٧١٤ ـ ٧١٥

(١) الدر المختار ٢/٢٥٨ ـ ٢٥٩، حاشية البناني على شرح الزرقاني ٣/١٦١، حاشية القليوبي على شـرح المنهاج ٣/٢٠٦، المغني ٦/٤٤٥

(٢) نهاية المحتاج ٦/١٩٨، أسنى المطالب ٣/١١٥، روضة الطالبين ٧/٣٠، حاشية الجمل ٤/١٢٨

(٣) حديث : «خطبة عائشة» أخرجه البخاري (الفتح ٩/١٢٣ ـ ط السلفية)، وسيأتي نصه. «وخطبة حفصة بنت عمر» : أخرجه البخاري (الفتح ٩/١٧٦ ـ ط السلفية) من حديث عمر بن الخطاب.

والعدة والخطبة وموانع النكاح تجوز خطبتها تصريحا وتعريضا.

وأما المنكوحة، أو المعتدة، أو المخطوبة، أو التي قام بها مانع من موانع النكاح، فلا تجوز خطبتها على التفصيل الآتي:

خطبة زوجة الغير:

٥ ـ لا تجوز خطبة المنكوحة تصريحا أو تعريضا، لأن الخطبة مقدمة للنكاح، ومن كانت في نكاح صحيح لا يجوز للغير أن ينكحها فلا تصح خطبتها ولا تجوز بل تحرم.

خطبة من قام بها مانع:

٦ ـ لا تجوز خطبة من قام بها مانع من موانع النكاح، لأن الخطبة مقدمة إلى النكاح، ومادام ممنوعا فتكون الخطبة كذلك على أنه يحل خطبة نحو مجوسية لينكحها إذا أسلمت.(١)

خطبة المعتدة:

٧ ـ يختلف حكم خطبة المعتدة باختلاف لفظ الخطبة (تصريحا كان أو تعريضا) وباختلاف حالة المعتدة (رجعية كانت أو بائنا بطلاق، أو فسخ، أو انفساخ، أو موت، أو معتدة من شبهة).

(١) نهاية المحتاج ١٩٨/٦

التصريح بالخطبة:

٨ ـ هو ما يقطع بالرغبة في النكاح ولا يحتمل غيره، كقول الخاطب للمعتدة: أريد أن أتزوجك، أو: إذا انقضت عدتك تزوجتك.

وقد اتفق الفقهاء على أن التصريح بخطبة معتدة الغير حرام سواء أكان من طلاق رجعي أم بائن، أم وفاة، أم فسخ، أم غير ذلك لمفهوم قول الله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم علم الله أنكم ستذكرونهن، ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا، ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله، واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حليم﴾(١) ولأن الخاطب إذا صرح بالخطبة تحققت رغبته فيها فربما تكذب في انقضاء العدة.(٢) وحكى ابن عطية وغيره الإجماع على ذلك.(٣)

التعريض بالخطبة:

٩ ـ قال المالكية: التعريض أن يضمن كلامه

(١) سورة البقرة/٢٣٥

(٢) الدر المختار ٦١٩/٢، جواهر الإكليل ٢٧٦/١، روضة الطالبين ٣٠/٧، نهاية المحتاج ١٩٩/٦، أسنى المطالب ١١٥/٣، كشاف القناع ١٨/٥

(٣) مغني المحتاج ١٣٥/٣، الإقناع ٧٦/٢، أسنى المطالب ١١٥/٣، شرح المنهج ١٢٨/٤، وحاشية الجمل، كشاف القناع ١٨/٥

ما يصلح للدلالة على المقصود وغيره إلا أن إشعاره بالمقصود أتم، ويسمى تلويحا، والفرق بينه وبين الكناية أن التعريض ما ذكرناه، والكناية هي التعبير عن الشيء بلازمه، كقولنا في كرم الشخص: هو طويل النجاد كثير الرماد.(١)

وعرف الشافعية التعريض بالخطبة بأنه: ما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها كقوله: ورب راغب فيك، ومن يجد مثلك؟

وقالوا: ونحو الكناية وهي الدلالة على الشيء بذكر لازمه قد يفيد ما يفيده التصريح كأريد أن أنفق عليك نفقة الزوجات وتحلين لي، وقد لا يفيد ذلك فيكون تعريضا كذكر العبارة السابقة «أريد أن أنفق... الخ» ماعدا «وتحلين لي».(٢)

وفسر ابن عباس رضي الله تعالى عنهما التعريض في قول الله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾(٣) بقوله: يقول: إني أريد التزوج، ولوددت أنه ييسر لي امرأة صالحة.(٤)

(١) مواهب الجليل ٤١٧/٣

(٢) أسنى المطالب ١١٥/٣، ونهاية المحتاج ١٩٩/٦

(٣) سورة البقرة/٢٣٥

(٤) نيل الأوطار ١٢٣/٦، وتفسير ابن عباس التعريض في قوله تعالى: «ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء». أخرجه البخاري (الفتح ١٧٨/٩ ـ ط السلفية).

وليس حكم التعريض بالخطبة واحدا بالنسبة لجميع المعتدات، بل إنه مختلف بالنظر إلى حالة كل معتدة، رجعية كانت أو بائنا بطلاق أو فسخ أو موت.

التعريض بخطبة المعتدة الرجعية:

١٠ ـ اتفق الفقهاء على أنه يحرم التعريض بخطبة المعتدة الرجعية لأنها في معنى الزوجية لعودها إلى النكاح بالرجعة، فأشبهت التي في صلب النكاح، ولأن نكاح الأول قائم، ولأنها مجفوة بالطلاق فقد تكذب انتقاما.(١)

التعريض بخطبة المعتدة المتوفى عنها:

١١ ـ اتفق الفقهاء على أنه يجوز التعريض بخطبة المعتدة المتوفى عنها زوجها، ليفهم مراد المعرض بالخطبة لا ليجاب، وذلك لقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء...﴾(٢) وهي واردة في عدة الوفاة، ولأن رسول الله ﷺ دخل على أم سلمة رضي الله تعالى عنها وهي متأيم من أبي سلمة رضي الله تعالى عنه فقال: «لقد علمت أني رسول الله وخيرته وموضعي من قومي».(٣)

(١) الاختيار ١٧٧/٣، وجواهر الإكليل ٢٧٦/١، ونهاية المحتاج ١٨/٦ والاقناع ٧٦/٢

(٢) البقرة/٢٣٥

(٣) حديث: «لقد علمت أني رسول الله وخيرته». =

ولانقطاع سلطنة الزوج عليها مع ضعف التعريض. [١]

التعريض بخطبة المعتدة البائن:

١٢ ـ ذهب المالكية والشافعية ـ في الأظهر عندهم ـ والحنابلة إلى أنه يجوز التعريض بخطبة المعتدة البائن لعموم قوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء...﴾[٢] ولما روي عن فاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ قال لها لما طلقها زوجها ثلاثا: «إذا حللت فآذنيني» وفي لفظ «لا تسبقيني بنفسك». وفي لفظ «لا تفوتينا بنفسك»[٣] وهذا تعريض بخطبتها في عدتها، ولانقطاع سلطة الزوج عليها. [٤]

وذهب الحنفية وهو مقابل الأظهر عند الشافعية إلى أنه لا يجوز التعريض بخطبة المعتدة البائن لإفضائه إلى عداوة المطلق. [١]

خطبة المعتدة من نكاح فاسد أو فسخ:

١٣ ـ اختلف الفقهاء في حكم التعريض بخطبة المعتدة من نكاح فاسد وفسخ وشبههما، كالمعتدة من لعان أو ردة، أو المستبرأة من الزنى، أو التفريق لعيب أو عنة.

فذهب الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة وجمهور الحنفية إلى جواز التعريض لهن أخذا بعموم الآية وقياسا على المطلقة ثلاثا، وأن سلطة الزوج قد انقطعت.

هذا كله في غير صاحب العدة الذي يحل له نكاحها فيها، أما هو فيحل له التعريض والتصريح، وأما من لا يحل له نكاحه فيها كما لو طلقها الثالثة أو رجعيا فوطئها أجنبي بشبهة في العدة فحملت منه، فإن عدة الحمل تقدم، فلا يحل لصاحب عدة الشبهة أن يخطبها، لأنه لا يجوز له العقد عليها حينئذ.

وذهب بعض الحنفية إلى أن التعريض يختلف حكمه بحسب ما يترتب عليه، فإن كان يؤدي إلى عداوة المطلق فهو حرام، وإلا فلا. [٢]

= أخرجه الدارقطني (٣/٢٢٤ ـ ط دار المحاسن). وفي إسناده إرسال. كذا قال الشوكاني في «نيل الأوطار» (٦/١٠٩ ـ ط العثمانية).

(١) رد المحتار ٢/٦١٩، مواهب الجليل ٣/٤١٧، نهاية المحتاج ٦/١٩٩، الجمل على شرح المنهج ٤/١٢٨، مطالب أولي النهى ٥/٢٣

(٢) سورة البقرة/ ٢٣٥

(٣) حديث فاطمة بنت قيس: «إذا حللت فآذنيني». أخرجه مسلم (٢/١١١٤ ـ ط الحلبي).
ولفظ: «لا تفوتينا نفسك». أخرجه مسلم (٢/١١١٦ ـ ط الحلبي)، ولفظ: «لا تسبقيني بنفسك» أخرجه مسلم (٢/١١١٦ ـ ط الحلبي).

(٤) جواهر الإكليل ١/٢٧٦، نهاية المحتاج ٦/١٩٩، المغني ٦/٦٠٨

---

(١) رد المحتار ٢/ ٦١٩، ونهاية المحتاج ٦/ ١٩٩

(٢) مغني المحتاج ٣/١٣٦، ومطالب أولي النهى ٥/٢٣، ومواهب الجليل ٣/٤١٧، وحاشية الدسوقي ٢/٢١٨، ٢١٩

جواب الخطبة :

١٤ ـ حكم جواب المرأة أو وليها للخاطب كحكم خطبة هذا الخاطب حلا وحرمة، فيحل للمتوفى عنها زوجها المعتدة أن تجيب من عرض بخطبتها بتعريض أيضا، ويحرم عليها وعلى كل معتدة التصريح بالجواب ـ لغير صاحب العدة الذي يحل له نكاحها ـ وكذلك الحكم في بقية المعتدات في ضوء التفصيل السابق. [(١)]

خطبة المحرم:

١٥ ـ يكره للمُحرِم أن يخطب امرأة ولو لم تكن مُحرِمَة عند الجمهور، كما يكره أن يخطب غير المُحرِم المحرِمَة، لما رواه مسلم عن عثمان رضي الله تعالى عنه مرفوعا: «لا ينكِح المحرم ولا يُنكَح ولا يخطب»، [(٢)] والخطبة تراد لعقد النكاح فإذا كان ممتنعا كره الاشتغال بأسبابه، ولأنه سبب إلى الحرام.

ويجوز عند الحنفية الخطبة حال الإحرام. [(٣)]

من تخطب إليه المرأة:

١٥م ـ خطبة المرأة المُجْبَرَة تكون إلى وليها، وقد روي عن عروة أن النبي ﷺ خطب عائشة رضي الله تعالى عنها إلى أبي بكر رضي الله تعالى عنه فقال له أبو بكر: إنما أنا أخوك، فقال ﷺ له: «أخي في دين الله وكتابه وهي لي حلال». [(١)]

ويجوز أن تخطب المرأة الرشيدة إلى نفسها، [(٢)] لحديث أم سلمة رضي الله تعالى عنها قالت: لما مات أبو سلمة أرسل إليّ النبي ﷺ حاطب بن أبي بلتعة رضي الله تعالى عنه يخطبني له، فقلت له: إن لي بنتا وأنا غيور، فقال: «أما ابنتها فندعو الله أن يغنيها عنها، وأدعو الله أن يذهب بالغيرة».

وكذلك الرواية الأخرى: «إني امرأة غيرى وإني امرأة مصبية» فقال: «أما قولك: إني امرأة غيرى فسأدعو الله لك فيذهب غيرتك، وأما قولك: إني امرأة مصبية فستكفين صبيانك». [(٣)]

عرض الولي موليته على ذوي الصلاح :

١٦ ـ يستحب للولي عرض موليته على ذوي الصلاح والفضل، كما عرض الرجل الصالح

---

(١) مواهب الجليل ٣/٤١٧، نهاية المحتاج ٦/١٩٩، الجمل ٤/١٢٨، كشاف القناع ٥/١٨

(٢) حديث: «لا ينكح المحرم ولا ينكح» أخرجه مسلم (٢/١٠٣٠ ـ ط الحلبي).

(٣) أسنى المطالب ١/٥١٣، مطالب أولي النهى ٢/٣٤٥ ـ ٣٤٧، المغني ٣/٣٣٣، فتح القدير ٢/٣٧٤

---

(١) حديث عروة «أن النبي ﷺ خطب عائشة» أخرجه البخاري (الفتح ٩/١٢٣ ـ ط السلفية).

(٢) مطالب أولي النهى ٥/ ٢٥

(٣) نيل الأوطار ٦/١٢١.

وحديث أم سلمة: «لما مات أبو سلمة». أخرجه مسلم (٢/٦٣٢ ـ ط الحلبي) والنسائي (٦/٨١ ـ ط المكتبة التجارية).

إحدى ابنتيه على موسى عليه الصلاة والسلام المشار إليه في قوله تعالى: ﴿إني أريد أن أنكحك...﴾،[(١)] وكما فعل عمر رضي الله تعالى عنه حيث عرض ابنته حفصة رضي الله تعالى عنها على عثمان، ثم على أبي بكر رضي الله تعالى عنهما.[(٢)]

إخفاء الخطبة:

١٧ ـ ذهب المالكية إلى أنه يندب إخفاء الخطبة خلافا لعقد النكاح فيندب ـ عندهم وعند بقية الفقهاء ـ إعلانه لقول النبي ﷺ: «أعلنوا هذا النكاح».[(٣)]

ثانيا: الخطبة على الخطبة:

١٨ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخطبة على الخطبة حرام إذا حصل الركون إلى الخاطب الأول، لما روى عبدالله بن عمر رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال: «لا يخطب الرجل على خطبة الرجل حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له الخاطب».[(١)] ولأن فيها إيذاء وجفاء وخيانة وإفسادا على الخاطب الأول، وإيقاعا للعداوة بين الناس.

وحكى النووي الإجماع على أن النهي في الحديث للتحريم.[(٢)]

متى تحرم الخطبة على الخطبة؟

١٩ ـ ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يشترط للتحريم أن يكون الخاطب الأول قد أجيب ولم يترك ولم يعرض ولم يأذن للخاطب الثاني، وعلم الخاطب الثاني بخطبة الأول وإجابته.

وزاد الشافعية في شروط التحريم، أن تكون إجابة الخاطب الأول صراحة، وخطبته جائزة أي غير محرمة، وأن يكون الخاطب الثاني عالما بحرمة الخطبة على الخطبة.

وقال الحنابلة: إن إجابة الخاطب الأول تعريضا تكفي لتحريم الخطبة على خطبته ولا يشترط التصريح بالإجابة. وهذا ظاهر كلام الخرقي وكلام أحمد.

وقال المالكية: يشترط لتحريم الخطبة على

---

(١) سورة القصص/٢٧

(٢) أسنى المطالب ٣/١١٨، كشاف القناع ٥/٢٠، رد المحتار ٢/٢٦١، جواهر الإكليل ١/٢٧٥، قليوبي ٣/٢٩٥، المغني ٦/٥٣٧

(٣) حديث: «أعلنوا هذا النكاح». أخرجه ابن حبان (الموارد ـ ص٣١٣ـ ط السلفية) من حديث عبدالله بن الزبير وإسناده صحيح.

---

(١) حديث: «لا يخطب الرجل على خطبة الرجل». أخرجه البخاري (الفتح ٩/١٩٨ ـ ط السلفية) من حديث عبدالله بن عمر.

(٢) نيل الأوطار ٦/١٢١ ـ ١٢٢، فتح القدير ٥/٢٣٩، جواهر الإكليل ١/٢٧٥، روضة الطالبين ٧/٣١، المغني ٦/٦٠٧، رد المحتار ٢/٢٦٢.

الخطبة ركون المرأة المخطوبة أو وليها، ووقوع الرضا بخطبة الخاطب الأول غير الفاسق ولو لم يقدر صداق على المشهور، ومقابله لابن نافع: لا تحرم خطبة الراكنة قبل تقدير الصداق. (١)

وسيأتي حكم خطبة المسلم على خطبة الفاسق، أو خطبة الكافر للذمية.

من تعتبر إجابته أو رده:

٢٠ ـ ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المعتبر رد الولي وإجابته إن كانت مجبرة، وإلا فردها وإجابتها.

وقال المالكية: المعتبر ركون غير المجبرة إلى الخاطب الأول، وركون المجبرة معرضا مجبرها بالخاطب ولو بسكوته، وعليه لا يعتبر ركون المجبرة مع رد مجبرها، ولا ردها مع ركونه، ولا يعتبر ركون أمها أو وليها غير المجبر مع ردها لا مع عدمه فيعتبر. (٢)

خطبة من لا تعلم خطبتها أو جوابها:

٢١ ـ المرأة التي لا يعلم أهي مخطوبة أم لا، أجيب خاطبها أم رد، يجوز لمن لا يعلم ذلك أن يخطبها لأن الأصل الإباحة، والخاطب معذور بالجهل. (٣)

الخطبة على خطبة الكافر والفاسق:

٢٢ ـ ذهب المالكية والشافعية إلى أن الخطبة على خطبة الكافر المحترم (غير الحربي أو المرتد) حرام، وصورة المسألة: أن يخطب ذمي كتابية ويجاب ثم يخطبها مسلم، لما في الخطبة الثانية من الإيذاء للخاطب الأول، وقالوا: إن ذكر لفظ الأخ في بعض روايات الحديث: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه». (١) خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له، ولأنه أسرع امتثالا.

وليس الحال في الفاسق كالكافر عند المالكية لأن الفاسق لا يقر شرعا على فسقه، فتجوز الخطبة على خطبته بخلاف الذمي فإنه في حالة يقر عليها بالجزية.

وقال الحنابلة: لا تحرم الخطبة على خطبة كافر لمفهوم قوله ﷺ: «على خطبة أخيه» ولأن النهي خاص بالمسلم وإلحاق غيره به إنما يصح إذا كان مثله، وليس الذمي كالمسلم، ولا حرمته كحرمته. (٢)

العقد بعد الخطبة المحرمة:

٢٣ ـ اختلف الفقهاء في حكم عقد النكاح على امرأة تحرم خطبتها على العاقد كالخطبة على الخطبة، وكالخطبة المحرمة في العدة تصريحا أو تعريضا.

---

(١) نهاية المحتاج ٦/١٩٩، المغني ٦/٦٠٤ ـ ٦٠٦ ـ ٦٠٧، جواهر الإكليل ١/٢٧٥

(٢) الزرقاني ٣/١٦٤، روضة الطالبين ٧/٣١، المغني ٦/٦٠٦

(٣) مواهب الجليل ٣/٤١١، روضة الطالبين ٧/٣٢، كشاف القناع ٥/١٩

---

(١) حديث: «لا يخطب الرجل» تقدم تخريجه ف/١٨

(٢) الزرقاني ٣/١٦٤، أسنى المطالب ٣/١١٥، مطالب أولي النهى ٥/٢٤

فذهب الجمهور إلى أن عقد النكاح على من تحرم خطبتها ـ كعقد الخاطب الثاني على المخطوبة، وكعقد الخاطب في العدة على المعتدة بعد انقضاء عدتها ـ يكون صحيحا مع الحرمة، لأن الخطبة المحرمة لا تقارن العقد فلم تؤثر فيه، ولأنها ليست شرطا في صحة النكاح فلا يفسخ النكاح بوقوعها غير صحيحة. (١)

وذهب بعض المالكية إلى أن عقد الخاطب الثاني على المخطوبة يفسخ حال خطبة الأول بطلاق، وجوبا لحق الله تعالى وإن لم يطلبه الخاطب الأول، وظاهره وإن لم يعلم الثاني بخطبة الأول، ما لم يبين الثاني حيث استمر الركون أو كان الرجوع لأجل خطبة الثاني، فإن كان لغيرها لم يفسخ، ومحله أيضا إن لم يحكم بصحة نكاح الثاني حاكم يراه وإلا لم يفسخ. (٢)

والمشهور عن مالك وأكثر أصحابه أن فسخ العقد حينئذ مستحب لا واجب.

وقال المالكية: يكره لمن صرح لامرأة في عدتها بالخطبة أن يتزوج تلك المرأة بعد انقضاء عدتها، فإن تزوجها يندب له فراقها. (٣)

ثالثا: نظر الخاطب إلى المخطوبة:

٢٤ ـ ذهب الفقهاء إلى أن من أراد نكاح امرأة فله أن ينظر إليها، قال ابن قدامة: لا نعلم بين أهل العلم خلافا في إباحة النظر إلى المرأة لمن أراد نكاحها، وقد روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل». (١)

قال: فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها. (٢)

٢٥ ـ لكن الفقهاء بعد اتفاقهم على مشروعية نظر الخاطب إلى المخطوبة اختلفوا في حكم هذا النظر فقال الحنفية والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة: يندب النظر للأمر به في الحديث الصحيح مع تعليله بأنه أحرى أن يؤدم بينهما أي تدوم المودة والألفة. فقد ورد عن المغيرة بن شعبة رضي الله تعالى عنه قال: خطبت امرأة فقال لي رسول الله ﷺ: «أنظرت إليها؟» قلت: لا، قال: «فانظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما». (٣)

والمذهب عند الحنابلة أنه يباح لمن أراد خطبة امرأة وغلب على ظنه إجابته نظر ما يظهر غالبا.

---

(١) نيل الأوطار ٦/١٢٢، كشاف القناع ٥/١٨ ـ ١٩

(٢) الزرقاني وحاشية البناني ٣/ ١٦٤ ـ ١٦٥

(٣) جواهر الإكليل ١/٢٧٦، والزرقاني ٣/١٦٧

---

(١) حديث: «إذا خطب أحدكم المرأة». أخرجه أبو داود (٢/٥٦٥ ـ ٥٦٦ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) وحسنه ابن حجر في الفتح (٩/١٨١ ـ ط السلفية).

(٢) المغني ٦/٥٥٢ ـ ٥٥٣

(٣) جواهر الإكليل ١/٢٧٥، روضة الطالبين ٧/١٩ ـ ٢٠، نهاية المحتاج ٦/١٨٣، كشاف القناع ٥/١٠، رد المحتار على الدر المختار ٢/٢٦٢، ٥/٢٣٧، وحديث المغيرة بن شعبة: خطبت امرأة. أخرجه ابن ماجه =

قال في «الإنصاف» : ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر، هذا هو المذهب، وذلك لورود الأمر بالنظر بعد الحظر، في حديث المغيرة بن شعبة .[١]

نظر المخطوبة إلى خاطبها :

٢٦ ـ حكم نظر المرأة المخطوبة إلى خاطبها كحكم نظره إليها لأنه يعجبها منه ما يعجبه منها، بل هي ـ كما قال ابن عابدين ـ أولى منه في ذلك لأنه يمكنه مفارقة من لا يرضاها بخلافها .

واشترط جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) لمشروعية النظر أن يكون الناظر إلى المرأة مريدا نكاحها، وأن يرجو الإجابة رجاء ظاهرا، أو يعلم أنه يجاب إلى نكاحها، أو يغلب على ظنه الإجابة .

واكتفى الحنفية باشتراط إرادة نكاحها فقط .[٢]

العلم بالنظر والإذن فيه :

٢٧ ـ ذهب الجمهور إلى أنه لا يشترط علم المخطوبة أو إذنها أو إذن وليها بنظر الخاطب إليها اكتفاء بإذن الشارع ولإطلاق الأخبار، بل قال بعضهم : إن عدم ذلك أولى لأنها قد تتزين له بما يغره، ولحديث جابر رضي الله تعالى عنه السابق وفيه إطلاق الإذن، وقد تخبأ جابر للمرأة التي خطبها حتى رأى منها ما دعاه إلى نكاحها .

وقال المالكية : محل ندب النظر إن كان بعلم منها إن كانت رشيدة، وإلا فمن وليها، وإلا كره لئلا يتطرق الفساق للنظر للنساء ويقولون : نحن خطاب .[١]

أمن الفتنة والشهوة :

٢٨ ـ لم يشترط الحنفية والمالكية والشافعية لمشروعية النظر أمن الفتنة أو الشهوة أي ثورانها بالنظر، بل قالوا : ينظر لغرض التزوج وإن خاف أن يشتهيها، أو خاف الفتنة، لأن الأحاديث بالمشروعية لم تقيد النظر بذلك .[٢]

واشترط الحنابلة لإباحة النظر أمن الفتنة، وأما النظر بقصد التلذذ أو الشهوة فهو على أصل التحريم .[٣]

= (١/ ٦٠٠ ـ ط الحلبي) وأحمد (٤/ ٢٤٦ ـ ط الميمنية) واللفظ له. وقال البوصيري في «مصباح الزجاجة (١/ ٣٢٨ ـ ط دار الجنان) : «إسناده صحيح» .

(١) مطالب أولي النهى ٥/ ١١

(٢) رد المحتار ٥/ ٢٣٧، مواهب الجليل ٣/ ٤٠٥، روضة الطالبين ٧/ ٢٠ نهاية المحتاج ٦/ ١٨٣، كشاف القناع ٥/ ١٠

(١) نهاية المحتاج ٦/ ١٨٣، كشاف القناع ٥/ ١٠، جواهر الإكليل ١/ ٢٧٥، والحطاب ٣/ ٤٠٤

(٢) رد المحتار ٥/ ٢٣٧، روضة الطالبين ٧/ ٢٠، جواهر الإكليل ١/ ٢٧٥

(٣) المغني ٦/ ٥٥٣

ما ينظر من المخطوبة:

٢٩ ـ اتفق الحنفية والمالكية والشافعية على أن ما يباح للخاطب نظره من مخطوبته الحرة هو الوجه والكفان ظاهرهما وباطنهما إلى كوعيهما لدلالة الوجه على الجمال، ودلالة الكفين على خصب البدن، وهناك رواية عند الحنفية أن القدمين ليستا بعورة حتى في غير الخطبة.

واختلف الحنابلة فيما ينظر الخاطب من المخطوبة، ففي «مطالب أولي النهى»، و«كشاف القناع» أنه ينظر إلى ما يظهر منها غالبا كوجه ويد ورقبة وقدم، لأنه ﷺ لما أذن في النظر إليها من غير علمها، علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر غالبا، إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره في الظهور، ولأنه يظهر غالبا فأشبه الوجه.

وفي المغني: لا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها، وذلك لأنه ليس بعورة، وهو مجمع المحاسن وموضع النظر، ولا يباح النظر إلى ما لا يظهر عادة.

أما ما يظهر غالبا سوى الوجه، كالكفين والقدمين ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان للحنابلة.

إحداهما: لا يباح النظر إليه لأنه عورة، فلم يبح النظر إليه كالذي لا يظهر، فإن عبدالله بن مسعود روى أن النبي ﷺ قال: «المرأة عورة»،(١) ولأن الحاجة تندفع بالنظر إلى الوجه فبقي ما عداه على التحريم.

والثانية: وهي المذهب، للخاطب النظر إلى ذلك، قال أحمد في رواية حنبل: لا بأس أن ينظر إليها وإلى ما يدعوه إلى نكاحها من يد أو جسم ونحو ذلك، قال أبوبكر: لا بأس أن ينظر إليها حاسرة. ووجه جواز النظر إلى ما يظهر غالبا أن النبي ﷺ لما أذن في النظر إليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر عادة إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور، ولأنه يظهر غالبا فأبيح النظر إليه كالوجه،(٢) ولأنها امرأة أبيح النظر إليها بأمر الشارع فأبيح النظر منها إلى ذلك كذوات المحارم.

وقال الأوزاعي: ينظر الخاطب إلى مواضع اللحم.

تزين المرأة الخلية وتعرضها للخطّاب:

٣٠ ـ ذهب الحنفية إلى أن تحلية البنات بالحليّ والحلل ليرغب فيهن الرجال سنة.(٣)

وأما المالكية فقد نقل الحطاب عن ابن

---

(١) حديث: «المرأة عورة». أخرجه الترمذي (٣/٤٦٧ ـ ط الحلبي) وقال: «حديث حسن غريب»

(٢) رد المحتار ٥/٢٣٧، جواهر الإكليل ١/٢٧٥، نهاية المحتاج ٦/١٨٣، مطالب أولي النهى ٥/١١، كشاف القناع ٥/١٠، المغني ٦/٥٥٣ ـ ٥٥٤، نيل الأوطار ٦/١٢٦، المواق ٣/٤٠٤

(٣) البحر الرائق ٣/٧٨، وابن عابدين ٢/٢٦٢

القطان قوله: ولها (أي للمرأة الخالية من الأزواج) أن تتزّين للناظرين (أي للخّطاب)، بل لو قيل بأنه مندوب ما كان بعيدا، ولو قيل إنه يجوز لها التعرض لمن يخطبها إذا سلمت نيتها في قصد النكاح لم يبعد. انتهى.

ثم قال الحطاب: هل يستحب للمرأة نظر الرجل؟ لم أر فيه نصّا للمالكية، والظاهر استحبابه وفاقا للشافعية، قالوا: يستحب لها أيضا أن تنظر إليه، وقد قال ابن القطان: إذا خطب الرجل امرأة هل يجوز له أن يقصدها متعرضا لها بمحاسنه التي لا يجوز إبداؤها إليها إذا لم تكن مخطوبة ويتصنع بلبسه، وسواكه، ومكحلته وخضابه، ومشيه، ورِكْبته، أم لا يجوز له إلا ما كان جائزا لكل امرأة؟ هو موضع نظر، والظاهر جوازه ولم يتحقق في المنع إجماع، أما إذا لم يكن خطب ولكنه يتعرض لنفسه ذلك التعرض للنساء فلا يجوز، لأنه تعرض للفتن وتعريض لها، ولولا الظاهر ما أمكن أن يقال ذلك في المرأة التي لم تخطب على أنا لم نجزم فيه بالجواز.(١)

وقال ابن مفلح من الحنابلة: قد روى الحافظ أبو موسى المديني في كتاب الاستغناء في معرفة استعمال الحناء عن جابر رضي الله عنه مرفوعا: «يامعشر النساء اختضبن فإن المرأة تختضب

(١) مواهب الجليل ٣/٤٠٥

لزوجها، وإن الأيم تختضب تعرّض للرزق من الله عز وجل».(٢)

وقد ورد في صحيح مسلم من حديث سبيعة الأسلمية كانت تحت سعد بن خولة وهو في بني عامر بن لؤي، وكان ممن شهد بدرا، فتوفي عنها في حجة الوداع، وهي حامل فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته، فلما تعلت من نفاسها تجملت للخطّاب، فدخل عليها أبو السنابل بن بَعْكَك رضي الله عنه (رجل من بني عبد الدار) فقال لها: مالي أراك متجملة؟ لعلك ترجين النكاح. إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر. قالت سبيعة: فلما قال لي ذلك جمعت عليّ ثيابي حين أمسيت، فأتيت رسول الله ﷺ فسألته عن ذلك، فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت حملي وأمرني بالتزويج إن بدا لي.(٢)

تكرير النظر:

٣١ ـ للخاطب أن يكرر النظر إلى المخطوبة حتى يتبين له هيئتها فلا يندم على نكاحها،

(١) الفروع ٣/٤٥٤

وحديث: «يامعشر النساء اختضبن، فإن المرأة تختضب لزوجها». عزاه صاحب الفروع (٣/٤٥٤ ـ نشر عالم الكتب) إلى أبي موسى المديني في «كتاب الاستغناء في معرفة استعمال الحناء» ولم نره في غيره.

(٢) حديث: «سبيعة الأسلمية». أخرجه مسلم (٢/١١٢٢ ـ ط الحلبي).

ويتقيـد في ذلك بقدر الحاجة، ومن ثم لو اكتفى بنظـرة حرم ما زاد عليهـا، لأنـه نظر أبيح لحاجة فيتقيد بها.

وسـواء في ذلـك ـ عنـد الشـافعيـة ـ أخـاف الخاطب الفتنة أم لا . . كما قال إمام الحرمين والروياني.

أمـا الحنـابلة فقـالـوا: يكـرر الخاطب النظر ويتأمـل المحـاسن ولو بلا إذن، ولعله أولى، إن أمن الشهوة أي ثورانها.[1]

مس ما ينظر :

٣٢ ـ لا يجوز للخـاطب أن يمس وجه المخطوبة ولا كفيها وإن أمن الشهوة، لما في المس من زيادة المباشرة، ولوجود الحرمة وانعدام الضرورة والبلوى.[2]

الخلوة بالمخطوبة :

٣٣ ـ لا يجوز خلوة الخـاطب بالمخطـوبـة للنظـر ولا لغـيره لأنهـا محرمـة ولم يرد الشرع بغير النظر فبقيت على التحريم، ولأنه لا يؤمن من الخلوة الـوقوع في المحظور.[3] فإن النبي ﷺ قال: «ألا لا يخلون رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان».[1]

(١) رد المحتـار ٥/٢٣٧، نهاية المحتـاج ٦/١٨٣، كشـاف القناع ٥/١٠

(٢) رد المحتـار ٥/٢٣٧، جواهـر الإكليل ١/٢٧٥، أسنى المطالب ٣/١٠٩

(٣) المغني ٦/٥٥٣

إرسال من ينظر المخطوبة :

٣٤ ـ اتفق الفقهـاء على أن للخاطب أن يرسل امرأة لتنظر المخطوبة ثم تصفها له ولو بما لا يحل له نظره من غير الوجه والكفين فيستفيد بالبعث ما لا يستفيـد بنظـره، وهـذا لمزيـد الحـاجة إليه مستثنى من حرمة وصف امرأة لرجل، وقد روي أن رسول الله ﷺ أرسل أم سليم تنظر إلى جارية فقال: «شمي عوارضها وانظري إلى عرقوبها».[2]

والحنفيـة والشافعية يرون أن من يرسل للنظر يمكن أن يكون امرأة أو نحوها ممن يحل له نظرها رجلا كان أو امرأة كأخيها، أو ممسوح يباح له النظر.

ويرى المالكية أن للخاطب أن يرسل رجلا. قال الحطاب: والظاهر جواز النظر إلى المخطوبة على حسب ما للخـاطب، وينـزل منـزلته ما لم

(١) حـديث: «ألا لا يخلون رجل بـامرأة إلا كـان ثـالثهـما الشيطان». أخرجه الترمذي (٤/٤٦٦ ـ ط الحلبي) من حديث عمربن الخطاب، وقال: «حسن صحيح».

(٢) حـديث: «بعث أم سليم إلى جـاريـة» أخرجـه أحمـد (٣/٢٣١ ـ ط الميمنيـة) من حـديث أنس بن مـالـك، وصـوب البيهقي إرساله كما في التلخيص لابن حجـر (٣/١٤٧ ـ ط شركة الطباعة الفنية).

يخف مفسدة من النظر إليها. (١)

ما يفعله الخاطب إن لم تعجبه المخطوبة:

٣٥ ـ إذا نظر الخاطب إلى من يريد نكاحها فلم تعجبه فليسكت، ولا يقل، لا أريدها، لأنه إيذاء. (٢)

رابعا: ذكر عيوب الخاطب:

٣٦ ـ من استشير في خاطب أو مخطوبة فعليه أن يذكر ما فيه من مساوىء شرعية أو عرفية ولا يكون غيبة محرمة إذا قصد به النصيحة والتحذير لا الإيذاء، لقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس رضي الله تعالى عنها لما أخبرته أن معاوية وأبا جهم رضي الله عنهما خطباها: «أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له» (٣) ولقوله ﷺ: «إذا استنصح أحدكم أخاه فلينصحه»، (٤) وعنه ﷺ أنه قال: «المستشار مؤتمن» (١) وقال: «الدين النصيحة»، (٢) وقد روى الحاكم أن أخا لبلال رضي الله تعالى عنه خطب امرأة فقالوا: إن يحضر بلال زوجناك، فحضر، فقال: أنا بلال وهذا أخي، وهو امرؤ سيّء الخلق والدين. قال الحاكم: صحيح الإسناد.

ومن استشير في أمر نفسه في النكاح بيّنه، كقوله: عندي شح، وخلقي شديد ونحوهما، لعموم ما سبق.

وفصل بعض الفقهاء في ذلك، ومنه قول البارزي ـ من الشافعية ـ لو استشير في أمر نفسه في النكاح، فإن كان فيه ما يثبت الخيار فيه وجب ذكره، وإن كان فيه ما يقلل الرغبة فيه ولا يثبت الخيار، كسوء الخلق والشح، استحب، وإن كان فيه شيء من المعاصي وجب عليه التوبة في الحال وستر نفسه. (٣)

خامسا: الخُطبة قبل الخِطبة:

٣٧ ـ يندب للخاطب أو نائبه تقديم خُطبة قبل الخِطبة لخبر: «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه

---

(١) رد المحتار ٥/٢٣٧، مواهب الجليل ٣/٤٠٥، نهاية المحتاج ٦/١٨٣، أسنى المطالب ٣/١٠٩، كشاف القناع ٥/١٠، حاشية الدسوقي ٢/٢١٥

(٢) روضة الطالبين ٧/٢١

(٣) حديث فاطمة بنت قيس: أخرجه مسلم (٢/١١١٤ ـ ط الحلبي).

(٤) حديث: «إذا استنصح أحدكم أخاه فلينصحه» أخرجه أحمد (٣/٤١٨ ـ ٤١٩ ـ ط الميمنية) من حديث أبي زيد، وأعله ابن حجر في التلخيص (٣/٢٥٤ ـ ط المكتب الاسلامي) إلا أنه ذكر له شواهد تقويه.

(١) حديث: «المستشار مؤتمن». أخرجه الترمذي (٤/٥٨٥ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة، وقال: «حسن صحيح».

(٢) حديث: «الدين النصيحة». أخرجه مسلم (١/٧٤ ـ ط الحلبي) من حديث تميم الداري.

(٣) جواهر الإكليل ١/٢٧٦، نهاية المحتاج ٦/٢٠٠، حاشية الجمل ٤/١٣٠، كشاف القناع ٥/١١

بحمد الله فهو أقطع»(١) أي عن البركة، فيبدأ بالحمد والثناء على الله تعالى، ثم بالصلاة على رسول الله ﷺ، ثم يوصي بالتقوى، ثم يقول: جئتكم خاطبا كريمتكم، وإن كان وكيلا قال: جاءكم موكلي خاطبا كريمتكم أو فتاتكم، ويخطب الولي أو نائبه كذلك ثم يقول: لست بمرغوب عنك أو نحوه.

وتبرك الأئمة بما جاء عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ(٢) «علمنا خطبة الحاجة: إن الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمدا عبده ورسوله: ﴿ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾(٣) ﴿ياأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة...﴾(٤) إلى قوله: (رقيبا) ﴿ياأيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا﴾(١) إلى قوله (عظيما)»، وكان القفال يقول بعدها: أما بعد، فإن الأمور كلها بيد الله، يقضي فيها ما يشاء، ويحكم ما يريد، لا مؤخر لما قدم ولا مقدم لما أخر، ولا يجتمع اثنان ولا يتفرقان إلا بقضاء وقدر وكتاب قد سبق، وإن مما قضى الله تعالى وقدر أن خطب فلان بن فلان فلانة بنت فلان.. أقول قولي هذا واستغفر الله لي ولكم أجمعين.(٢)

سادسا: الرجوع عن الخِطبة:

٣٨ ـ ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الخطبة ليست بعقد شرعي بل هي وعد، وإن تخيل كونها عقدا فليس بلازم بل جائز من الجانبين، ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة إذا رأى المصلحة للمخطوبة في ذلك، لأن الحق لها وهو نائب عنها في النظر لها، فلا يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه، كما لو ساوم في بيع دارها ثم تبين له المصلحة في تركها، ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب، لأن النكاح عقد عمري يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها والنظر في حظها، وإن رجعا عن ذلك لغير غرض كره لما فيه من إخلاف الوعد والرجوع عن القول، ولم يحرم لأن الحق بعد لم يلزمها، كمن سام سلعة ثم بدا له ألا يبيعها.

---

(١) حديث: «كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أقطع» أخرجه ابن ماجه (١/ ٦١٠ ـ ط الحلبي) والدارقطني (١/ ٢٢٩ ـ ط دار المحاسن) من حديث أبي هريرة، وصوب الدارقطني إرساله.

(٢) حديث عبدالله بن مسعود في خطبة النكاح. أخرجه أحمد (١/ ٣٩٢ ـ ٣٩٣ ـ ط الميمنية) والحاكم (٢/ ١٨٢ ـ ١٨٣ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) وفي إسناده انقطاع ولكن له طرق أخرى تقويه.

(٣) سورة آل عمران/ ١٠٢

(٤) سورة النساء/ ١

(١) سورة الأحزاب/ ٧٠

(٢) جواهر الإكليل ١/ ٢٧٥، نهاية المحتاج ٦/ ٢٠٢، أسنى المطالب ٣/ ١١٧

وقال المالكية: يكره لمن ركنت له امرأة وانقطع عنها الخطاب لركونها إليه أن يتركها.[(١)]

سابعا: الرجوع بالهدية إلى المخطوبة أو النفقة عليها:

٣٩ - إذا أهدى الخاطب إلى مخطوبته أو أنفق عليها ثم لم يتم الزواج، ففي الرجوع بالهدية والنفقة خلاف وتفصيل:

قال الحنفية: إذا خطب بنت رجل وبعث إليها أشياء ولم يزوجها أبوها فما بعث للمهر يسترد عينه قائما وإن تغير بالاستعمال، أو بدله هالكا لأنه معاوضة ولم تتم فجاز الاسترداد، وكذا يسترد ما بعث هدية وهو قائم دون الهالك والمستهلك، لأنه في معنى الهبة، والهلاك أو الاستهلاك مانع من الرجوع بها.

وقالوا: لو أنفق رجل على معتدة الغير - قال ابن عابدين: ولاشك أن المعتدة مخطوبة أيضا - يطمع أن يتزوجها بعد عدتها، إن تزوجته لا رجوع مطلقا، وإن أبت فله الرجوع إن كان دفع لها، وإن أكلت معه فلا رجوع مطلقا، لأنه إباحة لا تمليك، أو لأنه مجهول لا يعلم قدره. وفي المسألة عندهم أقوال أخرى.[(٢)]

وقال المالكية: يجوز الإهداء للمعتدة من وفاة أو طلاق غيره البائن لا الإنفاق عليها فيحرم، فإن أهدى لها أو أنفق عليها ثم تزوجت غيره فلا يرجع عليها بشيء.[(٢)]

وقال الشافعية: من خطب امرأة ثم أنفق عليها نفقة ليتزوجها فله الرجوع بما أنفقه على من دفعه له، سواء أكان مأكلا أم مشربا أم حلوى أم حليا، وسواء رجع هو أم مجيبه، أم مات أحدهما، لأنه إنما أنفقه لأجل تزوجها فيرجع به إن بقي وببدله إن تلف.

ولو كان ذلك بقصد الهدية لا لأجل تزوجه بها لم يختلف في عدم الرجوع.

وقالوا: لو دفع الخاطب بنفسه أو وكيله أو وليه شيئا من مأكول، أو مشروب، أو ملبوس لمخطوبته أو وليها، ثم حصل إعراض من الجانبين أو من أحدهما، أو موت لهما، أو لأحدهما رجع الدافع أو وارثه بجميع ما دفعه إن كان قبل العقد مطلقا، وكذا بعده إن طلق قبل الدخول أو مات، لا إن ماتت هي، ولا رجوع بعد الدخول مطلقا.[(٣)]

وقال الحنابلة: هدية الزوج ليست من المهر نصا، فما أهداه الزوج من هدية قبل عقد إن وعدوه بأن يزوجوه ولم يفوا رجع بها - قاله ابن تيمية -: لأنه بذلها في نظير النكاح ولم يسلم له، وإن امتنع هو لا رجوع له.

وما قبضه بعض أقارب المرأة كالذي يسمونه

---

(١) حاشية الجمل ٤/١٢٩، المغني ٦/٦٠٧ - ٦٠٨، مواهب الجليل ٣/٤١١

(٢) رد المحتار ٢/٣٦٤ - ٣٦٦

(٢) جواهر الإكليل ١/١٧٦

(٣) حاشية الجمل ٤/١٢٩

مأكلة بسبب نكاح، فحكمه كمهر فيما يقرره ويسقطه وينصفه، ويكون لها ولا يملك الولي منه شيئا إلا أن تهبه له بشرطه إلا الأبَ فله أن يأخذ. ومحل كون حكم المجعول مأكلة كمهر حيث قبضه أولياء المرأة، أما قبل القبض فللخاطب الرجوع بما شرطه لهم، لأنه تبرع لم يقبض فكان له الرجوع به.

ولو اتفق الخاطب مع المرأة ووليها على النكاح من غير عقد فأعطى الخاطب أباها لأجل ذلك شيئا من غير صداق فماتت قبل عقد لم يرجع به ـ قاله ابن تيمية ـ لأن عدم التمام ليس من جهتهم، وعلى قياس ذلك لو مات الخاطب لا رجوع لورثته.

وتردّ الهدية على الزوج في كل فرقة اختيارية مسقطة للمهر كفسخ الزوجة العقد لفقد كفاءة أو لعيبٍ في الزوج، ونحوه قبل الدخول لدلالة الحال أنه بشرط بقاء العقد، فإذا زال ملك الرجوع، كهبة الثواب.

قال صاحب مطالب أولي النهى: ويتجه أن ما كان من هدية أهداها الخاطب بعد العقد فهو الذي يردّ بحصول الفرقة، أما ما كان قد أهدي قبل العقد فلا يرد، لأنه تقررّ بالعقد. وتثبت الهدية للزوجة مع فسخ للنكاح مقرر الصداق أو لنصفه فلا رجوع له، لأن زوال العقد ليس من قبلها.[1]

(١) مطالب أولي النهى ٢/٢١٤ ـ ٢١٥

خطر

التعريف:

١ ـ الخَطَر بفتحتين في اللغة، الإشراف على الهلاك وخوف التلف. ويقال: هذا أمر خطر أي متردد بين أن يوجد، وأن لا يوجد، ويطلق على السبق الذي يتراهن عليه. والمخاطرة، المراهنة، وخاطرته على مال راهنته عليه وزنا ومعنى. وخطر الرجل: قدره، ومنزلته، فيقال: رجل خطير أي ذو شأن. والخاطر: هو اسم لما يتحرك في القلب من رأي أو معنى، يقال: خطر ببالي كذا، أي وقع فيه.[1]

ولا يخرج الخطر في الاصطلاح عن المعنى اللغوي.

الحكم التكليفي:

٢ ـ لا خلاف بين الفقهاء في أن تعريض النفس لخطر الهلاك حرام، لأن حفظها من أهم مقاصد الشريعة. قال الله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾.[2]

(١) تاج العروس والمصباح، والكليات، التعريفات للجرجاني مادة: «خطر».

(٢) سورة البقرة/ ١٩٥

قال الخازن: كل شيء في عاقبته هلاك، فهو تهلكة.[١] وقال عز من قائل: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾[٢]

وعن عمرو بن العاص رضي الله عنه قال: احتلمت في ليلة باردة في غزوة ذات السلاسل فأشفقت إن اغتسلت أن أهلك، فتيممت ثم صليت بأصحابي الصبح، فذكروا ذلك للنبي ﷺ، فقال: «يا عمرو، صليت بأصحابك الصبح وأنت جنب؟» فأخبرته بالذي منعني من الاغتسال، وقلت: إني سمعت الله يقول: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما﴾ فضحك رسول الله ﷺ ولم يقل شيئا.[٣]

ويتعلق بالخطر الرخص الشرعية، فيباح بالخطر أكل الميتة للمضطر، وأكل سائر النجاسات والخبائث اضطرارا، وإساغة الغصة بالخمر لدفع الخطر عن النفس، ويجب قطع العضو المتآكل إذا كان في تركه خطر على النفس[٤] (ر: ضرر، مشقة).

(١) تفسير الخازن ١/ ١٢٤

(٢) سورة النساء/ ٢٩

(٣) حديث عمرو بن العاص: «احتلمت في ليلة باردة». أخرجه أبو داود (١/ ٢٣٨ - تحقيق عزت عبيد دعاس)، وقواه ابن حجر في الفتح (١/ ٤٥٤ - ط السلفية).

(٤) أسنى المطالب ٤/ ١٩١، كشاف القناع ٣/ ٤٥، البدائع ٧/ ٩٨

الخطر المؤثر في إسقاط العبادات أو تخفيفها:

٣ - لا خلاف بين الفقهاء في أن المشقة تجلب التيسير عموما، وأن المشقة إذا بلغت حدّ الخطر على النفس والأطراف ومنافعها توجب الترخيص، والتخفيف. وقالوا: إن حفظ المهج والأطراف لإقامة مصالح الدين أولى من تعريضها للفوات في عبادة أو عبادات، يفوت بها أمثالها.[١]

فيجب التيمم إذا كان في استعمال الماء في الوضوء والاغتسال من الجنابة خطر على نفس، أو عضو أو منفعته، أو حال بينه وبين الماء عدو، أو سبع، لأن إلقاء النفس في التهلكة حرام.[٢] (ر: تيمم، مرض).

ويسقط وجوب الحج إذا كان في السفر خطر على نفس، أو عضو، أو عرض، أو مال، كما يحرم ركوب البحر لأداء الحج إن غلب الهلاك فيه، أو تساوى الهلاك والسلامة لما فيه من الخطر (ر: حج) ويسقط الصوم عن المرضع والحامل، والمريض، إذا كان في الصوم خطر على المرضع والحامل، أو على الرضيع والجنين، أو خاف المريض الموت، أو زيادة المرض (ر: صوم).

(١) الفروق ١/ ١١٨، الأشباه والنظائر ص٨٠ - ٨١ - ط دار الكتب العلمية ١٩٨٣.

(٢) أسنى المطالب ١/ ٧٦ - ٨٠، بدائع الصنائع ١/ ٤٧، حاشية الدسوقي ١/ ١٤٧ - ١٤٨

والأصل في ذلك قوله تعالى ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾[1] وفي تعريض النفس والأعضاء للخطر، حرج أي حرج.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما: في قوله تعالى: ﴿وإن كنتم مرضى أو على سفر﴾ ،[2] قال: إذا كان بالرجل الجراحة في سبيل الله، والقروح، فيخاف أن يموت إن اغتسل تيمم.[3]

وعن جابر قال: خرجنا في سفر فأصاب رجلا منا حجر فشجه في رأسه، ثم احتلم فسأل أصحابه فقال: هل تجدون لي رخصة في التيمم؟ فقالوا: ما نجد لك رخصة وأنت تقدر على الماء. فاغتسل فمات. فلما قدمنا على النبي ﷺ أخبر بذلك، فقال: «قتلوه قتلهم الله، ألا سألوا إذ لم يعلموا؟ فإنما شفاء العي السؤال. إنما يكفيه أن يتيمم، ويعصب»[4] فاعتبر النبي ﷺ ذلك قتلا، والله يقول: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾.[5]

٤ - ويستثنى من قواعد درء الخطر، الجهاد، فيجوز المخاطرة بالنفس فيه، لأنه قُرر مع المشقة. وما الجهاد إلا بذل الوسع، والطاقة بالقتال أو المبالغة في القتال، لهذا حرم انهزام مائة من المسلمين عن مائتين من الكفار[1] في قوله تعالى: ﴿إن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين﴾[2] وجاء في الأثر «عجب ربنا من رجل غزا في سبيل الله، فانهزم - يعني أصحابه - فعلم ما عليه، فرجع حتى أهريق دمه، فيقول الله تعالى لملائكته: انظروا إلى عبدي رجع رغبة فيما عندي، وشفقة مما عندي، حتى أهريق دمه».[3] (ر: جهاد). ويستثنى أيضا دفع الصائل على النفس أو المال أو العرض (ر: صيال).

التعرض للخطر بإزالة غدة، أو عضو متآكل:

٥ - يحرم على الشخص قطع غدة أو عضو متآكل، إذا كان في القطع خطر على النفس، وليس في بقائهما خطر أو زاد خطر القطع، وإن كانت تشينه، لأنه قد يؤدي إلى هلاك نفسه. أما إذا لم يكن في إزالتها خطر فله إزالتها، لإزالة

---

(١) سورة الحج/ ٧٨

(٢) سورة المائدة / ٦

(٣) سبل السلام ١/ ١٥٣ ط المكتبة التجارية

(٤) حديث: «قتلوه قتلهم الله». أخرجه أبو داود (١/ ٢٣٩ - ٢٤٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والدارقطني (١/ ١٩٠ - ط دار المحاسن)، وأعله الدارقطني

(٥) سورة النساء/ ٢٩

---

(١) بدائع الصنائع ٧/ ٩٨، ١٧٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٨٢، وأسنى المطالب ٤/ ١٩١، كشاف القناع ٣/ ٤٥

(٢) سورة الأنفال/ ٦٥

(٣) الأثر: «عجب ربنا من رجل غزا في سبيل الله». أخرجه أبو داود (٣/ ٤٢ - ٤٣ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم (٢/ ١١٢ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث عبدالله بن مسعود مرفوعا، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

الشين. وإن تساوى الخطران، أو زاد خطر الترك فله قطعها

وإن قطعهما أجنبي بلا إذن، فمات المقطوع منه لزمه القصاص، وكذا السلطان لتعدي كل منهما بذلك.

وللأب والجد قطع الغدة والعضو المتآكل، من الصبي والمجنون مع الخطر في القطع إن زاد خطر الترك عليه، لأنهما يليان صون مالهما عن الضياع فبدنهما أولى.

فإن تساوى الخطر والسلامة، أو زاد خطر القطع، ضمنا لعدم جواز القطع.[1]

ر: (ضمان، وإتلاف).

عقود المخاطرة :

٦ ـ عقود المخاطرة هي ما يتردد بين الوجود والعدم، وحصول الربح أو عدمه عن طريق ظهور رقم معين مثلا، كالرهان والقمار. ونحوهما السبق لكنه مشروع بشروط، وتفصيل ذلك في مصطلحاته.

(١) أسنى المطالب ١٦٣/٤، قليوبي ٢٠٩/٤، ابن عابدين ٣٦٤/٥

خفاء

التعريف :

١ ـ الخفاء في اللغة من خَفَيتُ الشيء أُخفيه إذا كتمته أو أظهرته، فهو من الأضداد، وشيء خفي: خافٍ، ويجمع على خفايا، وخفي عليه الأمر يخفى خفاء، وخفي الشيء يخفى خفاء بالفتح والمد.

وبعضهم يجعل حرف الصلة فارقا فيقول: خفي عليه: إذا استتر، وخفي له: إذا ظهر.[1]

والفقهاء يستعملونه بمعنى الاستتار وعدم الظهور، وهو عند الأصوليين يكون في الألفاظ التي يخفى المراد منها بسبب في الصيغة أو خارج عنها على ما سيأتي.[2]

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الاشتباه :

٢ ـ الاشتباه: الالتباس، واشتبهت الأمور

(١) لسان العرب والمصباح المنير.

(٢) البدائع ١/ ٨١ والجمل ٣٠٨/٣، والتلويح والتوضيح ١٢٦/١، وكشف الأسرار ٥٢/١

وتشابهت، التبست فلم تتميز ولم تظهر، والمتشابهات من الأمور: المشكلات.

والخفاء قد يكون سببا من أسباب الاشتباه إما لتعدد المعاني المستعملة للفظ، أو لإجمال اللفظ واحتياجه إلى البيان وغير ذلك. (١)

ب ـ الجهل والجهالة :

٣ ـ الجهل والجهالة: عدم العلم بالشيء.

قال الجرجاني: الجهل هو اعتقاد الشيء على خلاف ما هو عليه.

وخفاء الشيء يترتب عليه إما الجهل بوجوده أصلا، كمن ينكر وجوب الزكاة جهلا منه لحداثة عهده بالإسلام، وإما الجهل بمكان الشيء، كمن علم في ثوبه نجاسة، وخفي عليه مكانها. (٢)

ما يتعلق بالخفاء من أحكام :

أولا : عند الأصوليين :

٤ ـ يقسم الأصوليون اللفظ باعتبار خفاء المعنى ومراتب الخفاء إلى أربعة أقسام:

الأول: الخفي، وهو ما اشتبه معناه وخفي مراده (أي الحكم الشرعي) بعارض غير الصيغة، فالخفاء ليس في اللفظ، ولكنه بسبب عارض، وذلك كقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾(١) فلفظ السارق ظاهر في كل سارق لم يعرف باسم آخر، لكنه بالنسبة للطرار الذي يسرق بشق الثوب، والنباش فيه نوع من الخفاء، لاختصاص كل منهما باسم غير السارق.

وإزالة الخفاء تحتاج إلى نظر وتأمل، وبالتأمل يظهر أن الخفاء قد يكون لزيادة في المعنى الذي تعلق به الحكم كما في الطرار، فإنه سارق كامل يأخذ مع حضور المالك، ويقظته فله مزية على السارق، لأن السارق يأخذ على سبيل الخفية، ولذلك يأخذ الطرار حكم السارق فيقطع، وهذا باتفاق.

وقد يكون الخفاء لنقص في المعنى الذي تعلق به الحكم كما في النباش الذي يسرق أكفان الموتى، ففيه شبهة نقصان الحرز، وعدم الحافظ له، ولذا اختلف الفقهاء في حكمه فيقطع عند الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف)، ولا يقطع عند أبي حنيفة ومحمد.

٥ ـ الثاني: المشكل: وهو اسم لما يشتبه المراد منه بدخوله في إشكاله على وجه لا يعرف المراد منه إلا بدليل يتميز به من سائر الأشكال.

وقال القاضي أبو زيد الدبوسي: هو الذي

---

(١) لسان العرب والمصباح المنير والتلويح ١/ ١٢٧ وكشف الأسرار ١/ ٥٤

(٢) لسان العرب والمصباح المنير والتعريفات للجرجاني، والمجموع ٥/ ٣٣٤ والبدائع ١/ ٨١

(١) سورة المائدة/ ٣٨

أشكل على السامع طريق الوصول إلى ما فيه من المعاني، لدقة المعنى في نفسه لا بعارض.

فالخفاء في المشكل إنما هو بسبب ذات اللفظ، ولا يفهم المراد منه ابتداء إلا بدليل من الخارج، كاللفظ المشترك بين معنيين ولا معين لأحدهما، كقوله تعالى: ﴿فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾(١) فلفظ (أنى) مشترك بين معنيين لاستعماله كأين وكيف، لكن بعد التأمل والطلب ظهر أن المراد (كيف) دون (أين) بقرينة الحرث، ودلالة تحريم القربان في الأذى العارض، وهو الحيض، فإنه في الأذى اللازم أولى.

٦ ـ الثالث: المجمل: وهو ما خفي المراد منه بنفس اللفظ خفاء لا يدرك إلا ببيان المُجْمِل كلفظ الصلاة والزكاة والربا. فالسبيل إلى معرفة المراد منه هو بيان الشارع، كالصلاة مثلا فقد بينت السنة المراد بها في قوله ﷺ: «صلوا كما رأيتموني أصلي»(٢).

٧ ـ الرابع: المتشابه: وهو ما خفي بنفس اللفظ ولا يرجى دركه أصلا، كالمقطعات في أوائل السور وبعض صفات الله تعالى التي وردت في الكتاب والسنة.

(١) سورة البقرة/ ٢٢٣

(٢) حديث: «صلوا كما رأيتموني أصلي». أخرجه البخاري (الفتح ٢/ ١١١ ـ ط السلفية) من حديث مالك بن الحويرث).

هذا، والخفي هو أدنى مراتب الخفاء، وحكمه الطلب، أي الفكر القليل لنيل المراد.

ويليه المشكل في الخفاء، وحكمه التكلف والاجتهاد في الفكر.

ويليه المجمل، وحكمه الاستفسار وطلب البيان من المجمل.

ويلي ذلك المتشابه، وهو أشد خفاء وحكمه التوقف والتسليم والتفويض لله رب العالمين.

هذا حسب تفصيل الحنفية، وأما غيرهم فيجعل ذلك كله من قبيل المجمل.(١)

وينظر ما يتعلق بذلك في الملحق الأصولي.

ثانيا: عند الفقهاء:

أثر الخفاء في سماع الدعوى:

٨ ـ يشترط في صحة الدعوى عدم وقوع التناقض فيها، لذلك لا تسمع الدعوى التي يقع فيها التناقض، إلا أن التناقض يغتفر فيما كان مبنيا على الخفاء، ففي المادة (١٦٥٥) من مجلة الأحكام العدلية: يعفى التناقض إذا ظهرت معذرة المدعي وكان محل خفاء.

ومن أمثلة ذلك ما أفتى به في الحامدية من أنه إذا مات زيد عن ورثة بالغين وخلف حصة من دار وصدق الورثة أن بقية الدار لفلان وفلان، ثم ظهر وتبين أن مورثهم المذكور اشترى بقية

(١) كشف الأسرار ١/ ٥٢ ـ ٥٥، والتلويح ١/ ١٢٦ ـ ١٢٧، والتقرير والتحبير ١/ ١٥٨ ـ ١٥٩

الـدار من ورثـة فلان وفـلان في حال صغـر المصـدقـين وأنـه خفي عليهم ذلـك، تسمـع دعواهم، لأن هذا تناقض في محل الخفاء فيكون عفوا.

ومن ذلـك دعـوى النسب، أو الحـريـة، أو الطـلاق، لأن النسب مبني على أمـر خفي وهـو العلوق من المدعي، إذ هو مما يغلب خفاؤه على الناس، فالتناقض في مثله غير معتبر، والطلاق ينفرد به الزوج، والحرية ينفرد بها المولى.

ومن ذلك: المدين بعد قضاء الدين لو برهن على إبراء الدائن له.

والمختلعة بعد أداء بدل الخلع لو برهنت على طلاق الزوج قبل الخلع وغير ذلك. وهكذا كل ما كان مبنيا على الخفاء فإنه يعفى فيه عن التناقض.[1]

هذا هو الصحيح من مذهب الحنفية كما أفتى به في الحـامـديـة، وهـو قول الأكثرين من فقهاء مذهب المـالكيـة، ومنهم من فرق بين الأصـول والدَّين فتقبل البينة في الأصول، ولا تقبل في الدّين.

والأصح عند الشافعية أن البينة تقبل للعذر، ومقابل الأصح لا تقبل للمناقضة.

(١) المـادة (١٦٥٥) من مجلة الأحكـام وشـرحهـا للأتـاسي ٥/ ١٤٤، ١٤٥ ودرر الحكـام ٤/ ٢٢٨، وتنقيح الفتـاوى الحـامـدية ٢/ ٢٩ ـ ٣٠، ١٧٥ والزيلعي وهامشه ٤/ ٩٩ ـ ١٠٠، والبدائع ٦/ ٢٢٤

أمـا الحنـابلة فلا تسمـع البينـة عنـدهم بعد الإنكـار. أمـا إن قال: ما أعلم لي بينة، ثم أتى ببينـة، سُمِعت، لأنـه يجوز أن تكـون له بينـة لم يعلمها ثم علمها.[1]

وهذا في الجملة، وينظر تفصيل ذلك في (دعوى).

خفاء النجاسة:

٩ ـ طهـارة البـدن والثـوب والمكان شرط لصحة الصـلاة، وإذا أصـابت النجاسة شيئا من ذلك وجب إزالتهـا بغسـل الجـزء الـذي أصـابتـه النجاسة، وهذا إذا علم مكانه.

أما إذا خفي موضع النجاسة ولم يعلم في أي جزء هي، فبـالنسبـة للثـوب والبدن يجب غسل الثوب كله أو البدن كله.

وهذا عند الجمهور ولهم أنه متيقن للمانع من الصلاة، والنضح لا يزيل النجاسة.

وفي قول عنـد الحنفية: إذا غسل موضعا من الثـوب يحكم بطهـارة البـاقي، قال الكـاساني: وهـذا غير سديـد، لأن موضـع النجـاسـة غير معلوم، وليس البعض أولى من البعض، وهـذا القـول (وهـو غسـل موضـع من الثـوب) حكاه

(١) الحطـاب ٥/ ٢٢٣، والفـروق للقـرافي ٤/ ٣٨، والتبصرة بهامش فتح العلي المـالـك ٢/ ٥٥ ـ ٥٦، ونهـايـة المحتاج ٨/ ٢٥٠، وقليـوبي ٤/ ٣٠٥، وشـرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٩٣، والمغني ٩/ ٢٣٦ ـ ٢٣٧، ٢٦٩

صاحب البيان وجها عن ابن سريج من الشافعية، وعلله بأنه يشك بعد ذلك في نجاسته والأصل طهارته، قال النووي: وهذا ليس بشيء، لأنه تيقن النجاسة في هذا الثوب وشك في زوالها. [1]

وقال عطاء والحكم وحماد: إذا خفيت النجاسة في الثوب، نضحه كله، وقال ابن شبرمة: يتحرى مكان النجاسة فيغسله.

قال ابن قدامة: ولعلهم يحتجون بحديث سهل بن حنيف في المذي عن النبي ﷺ قال: قلت: يارسول الله كيف بما يصيب ثوبي منه؟ قال: يكفيك أن تأخذ كفا من ماء فتنضح به ثوبك حيث ترى أنه أصاب منه. [2] فأمره بالتحري والنضح. [3]

١٠ - وأما بالنسبة للمكان فعند الشافعية والحنابلة إن كانت النجاسة في مكان صغير كمصلى صغير وبيت، وخفي مكانها، لم يجز أن يصلي فيه حتى يغسله كله، إذ الأصل بقاء النجاسة ما بقي جزء منها، وإن كان المكان واسعا كالفضاء الواسع والصحراء لا يجب غسله، لأن ذلك يشق عليه، ويصلي حيث شاء، لأنه لو منع من الصلاة أفضى إلى أن لا يجد موضعا يصلي فيه، ولا يجب الاجتهاد بل يسن كما قال الشافعية، قالوا: وله أن يصلي فيه بلا اجتهاد. [1]

وللمالكية قولان في الأرض التي أصابتها النجاسة ولم يعلم مكانها: قول بالغسل حكاه ابن عرفة اتفاقا، وقول بالنضح وهو ظاهر المدونة ولم يفرقوا بين المكان الضيق والأرض الواسعة. [2]

ولم نطلع للحنفية على حكم في ذلك إلا أنهم يقولون: إن الأرض تطهر بالجفاف وتجوز الصلاة عليها، واستدلوا بما رواه أبو داود بسنده عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: كنت أبيت في المسجد في عهد رسول الله ﷺ، وكنت فتى شابا عزبا وكانت الكلاب تبول وتقبل وتدبر في المسجد فلم يكونوا يرشّون شيئا من ذلك. [3] قال ابن الهمام: فلولا اعتبارها تطهر بالجفاف كان ذلك تبقية لها بوصف النجاسة مع العلم بأنهم يقومون عليها في الصلاة إذ لابد منه مع صغر المسجد وعدم من يتخلف للصلاة في بيته، وكون ذلك يكون في بقاع كثيرة من المسجد،

---

(١) ناقش ابن قدامة هذا الاستدلال في المغني (٢/ ٨٥).

(٢) حديث سهل بن حنيف: «يكفيك أن تأخذ كفا من ماء...» أخرجه الترمذي (١/ ١٩٧ - ١٩٨ ط الحلبي) وقال: «حديث حسن صحيح».

(٣) البدائع ١/ ٨١ والدسوقي ١/ ٧٨ - ٧٩ والمجموع ٣/ ١٣٧ تحقيق المطيعي.

(١) مغني المحتاج ١/ ١٨٩ والمغني ٢/ ٨٦ وكشاف القناع ١/ ١٨٩

(٢) الدسوقي ١/ ٨٢

(٣) حديث عبدالله بن عمر: «كنت أبيت في المسجد». أخرجه أبو داود (١/ ٢٦٥ - ٢٦٦ - تحقيق عزت عبيد دعاس) وإسناده صحيح.

لا في بقعة واحدة، حيث كانت تقبل وتدبر وتبول. (١)

ولو أصابت النجاسة أحد الكمين في الثوب ولم يعلم في أي كم هي وجب غسلهما جميعا، وهذا عند الحنفية والحنابلة، وهو المذهب عند المالكية، وفي وجه عند الشافعية، قاله أبو إسحاق.

وقال ابن العربي من المالكية: يتحرى من الكمين أحدهما فيغسله، كالثوبين إذا تنجس أحدهما ولم يعلمه، لكن محل الخلاف عند المالكية إذا اتسع الوقت لغسل الكمين ووجد من الماء ما يغسلهما معا، فإن لم يسع الوقت إلا غسل واحد، أو لم يجد من الماء إلا ما يغسل واحدا، تحرى واحدا يغسله فقط اتفاقا، ثم يغسل الثاني بعد الصلاة إذا ضاق الوقت، أو عند وجود الماء، فإن لم يسع الوقت غسل واحد أو لم يسع التحري صلى بدون غسل، لأن المحافظة على الوقت أولى من المحافظة على الطهارة من الخبث.

والوجه الثاني عند الشافعية: يتحرى لأنهما عينان متميزتان فهما كالثوبين. قاله أبو العباس. (٢)

وما مضى من الحكم في خفاء النجاسة في الثوب أو البدن، أو المكان، هو مع العلم بوجود النجاسة وخفاء موضعها من الثوب، أو البدن، أو المكان، فإن شك في وجود النجاسة مع تيقن سبق الطهارة جازت الصلاة دون غسل، لأن الشك لا يرفع اليقين، وهذا عند الحنفية والشافعية والحنابلة.

أما المالكية فيفرقون بين الشك في نجاسة البدن ونجاسة غيره من ثوب، أو حصير مثلا، فيوجبون غسل البدن، لأنه لا يفسد بذلك ويوجبون نضح الثوب والحصير، لأنه قد يفسد بذلك، وإن غسل فقد فعل الأحوط. وهذا في الجملة. (١)

خفاء العيب في المبيع :

١١ ـ من الخيارات المعروفة خيار العيب، أو خيار النقيصة كما يسميه بعض الفقهاء، وهو خيار يثبت للمشتري حق الرد عند ظهور عيب معتبر في المبيع إذا توافرت الشروط التي حددها الفقهاء، لأن سلامة المبيع شرط في العقد دلالة.

ومن العيوب ما هو ظاهر كالعمى والأصبع الزائدة، ومنها ما هو خفي كوجع الكبد والطحال والإباق والسرقة، والعيوب الخفية

---

(١) فتح القدير ١/ ١٧٤ ـ ١٧٥ ط دار إحياء التراث العربي والزيلعي ١/ ٧٢

(٢) البدائع ١/ ٨١ والدسوقي ١/ ٧٩، والمهذب ١/ ٦٨، وكشاف القناع ١/ ١٨٩

(١) البدائع ١/ ٨١ والدسوقي ١/ ٨١ ـ ٨٢ والمهذب ١/ ٣٢ وكشاف القناع ١/ ٤٥

كالظـاهـرة في إثبـات حق الخيـار للمشـتري بالشـروط التي ذكرها الفقهاء، كجهل المشتري بالعيب، وألا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب وثبوت العيب عنـد المشتري . الخ . مع مراعاة تفصيل المذاهب في هذه الشروط .[1]

ومما يعتبر من العيوب الخفية العيب الذي يكـون في جوف المأكـول كالبطيـخ ، والجـوز، والبيض ولا يعرف إلا بكسره ، فعند الحنفية من اشـترى شيئـا من ذلـك فكسره فوجده فاسدا ، فإن كان ينتفـع به ، ولو علفا للدواب ، فله أرش العيب، إلا إذا رضي البائع به ، وإن لم ينتفع به أصـلا رجـع بكل الثمن لبطلان البيع لأنه ليس بمال ، وإذا كان لقشـره قيمـة كبيض النعام رجع بنقصان العيب .

وقال المالكية : لا يرد البيع بظهور عيب باطن لا يطلع عليـه إلا بتغير في ذاتـه حيـوانا كان أو غيره ، كغش بطن الحيـوان ، وسـوس الخشب ، وفسـاد بطن الجـوز ، والبنـدق ، والتـين ، ومرارة الخيـار ، وبيـاض البطيـخ ، ولا قيمة لما اشتراه ، ويـرد البيض لظهـور عيبه لأنه يطلع عليه بدون كسره لأنه مما يعلم فساده قبل كسره ، فإن كسره المشتري رده مكسورا ورجع بجميع ثمنه ، وهذا إذا كسره بحضرة بائعه ، فإن كسره بعد أيام فلا يرده ، لأنـه لا يدري أفسـد عنـد البـائع أم عند المشـتري ، وقـال ابن حبيب فيـما لا يرد كعيب وجـود السـوس في الخشب وفسـاد بطن الجـوز: لا يرد إن كان من أصل الخلقة ، ويرد إن كان طارئا .

وقال الشافعية : ما لقشره قيمة كبيض النعام يرد ولا أرش في الأظهـر ، والثـاني يرد ولكن يرد معـه الأرش ، والثـالث لا يرد أصـلا كما في سائر العيوب الحادثة ويرجع المشتري بأرش العيب أو يغرم أرش الحادث ، أما ما لا قيمة له فيتعين فيه فساد البيع لوروده على غير متقوم .

وقـال الحنـابلة : إن كسـر المشـتري ما ليس لمكسـوره قيمـة ، كبيض الـدجـاج ، رجع بثمنه لتبـين فساد العقد من أصله ، وإن وجد البعض فاسـدا رجـع بقسطـه من الـثمن ، وإن كان لمكسـوره قيمة ، كبيض النعام وجوز الهند ، خيّر المشـتري بين إمسـاكه وأخذ أرش نقصه ، وبين رده مع أرش كسره وأخذ ثمنه .[1]

---

(١) البـدائـع ٥/ ٢٧٥ ـ ٢٧٦ ، ٢٧٨ ـ ٢٧٩ ، وابن عابـدين ٤/ ٧٣ ـ ٧٤ ، ٨٧ ـ ٨٨ وفتح القدير والكفاية عليه ٦/ ٤ ـ ٥ ، ٢٥ ، ٢٨ ، والـدسـوقي ٣/ ١٠٨ ، ١١٠ وجـواهـر الإكليل ٢/ ٣٩ ـ ٤٠ ـ ٤١ ـ ٤٣ وبداية المجتهد ٢/ ١٨٣ ، ومغني المحتاج ٢/ ٥٠ ومـا بعدهـا ، والمهـذب ١/ ٢٩٣ ، والمغني ٤/ ١٦٩ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ١٧٥

(١) الاختيـار ٢/ ٢٠ ـ ٢١ وابن عابـدين ٤/ ٨٥ وجـواهـر الإكليـل ٢/ ٤١ ومغني المحتـاج ٢/ ٥٩ ـ ٦٠ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ١٧٨ ـ ١٧٩ و كشاف القناع

ظهور دين خفي على التركة :

١٢ - إذا اقتسم الورثة التركة ثم ظهر دين على الميت بعد القسمة ، فإن قضى الورثة الدين مضت القسمة ولا تُنْقض ، وإن امتنعوا من الأداء يطلب نقض القسمة .

وهذا في الجملة ،[1] وينظر التفصيل في (قسمة ، ودين) .

(١) مجلة الأحكام المادة ١١٦١ والزيلعي ٥/ ٢٧٥ ، والدسوقي ٣/ ٥١٥ والمهذب ١/ ٣٣٤ ، ٢/ ٣١١ ، والمغني ٩/ ١٢٩

خفارة

التعريف :

١ - الخفارة في اللغة من خفر الرجل وخفر به وعليه يخفر خفرا : أجاره ومنعه وأمّنه ، وكان له خفيرا يمنعه ، وخفرت الرجل : أجرته وحفظته وخفرته : إذا كنت له خفيرا ، أي حاميا وكفيلا ، والاسم الخفارة بالفتح والضم ، والخفارة : الذمة والعهد ، والأمان ، والحراسة ، والإخفار : انتهاك الذمة ، يقال : أخفرت الرجل إذا نقضت عهده وذمامه ، والهمزة فيه للإزالة ، أي أزلت خفارته كأشكيته إذا أزلت شكايته . والخَفارة والخُفارة والخِفارة أيضا : جُعْل الخفير . والخفير : الحارس ، والخفارة حرفة الخفير .

ولا يخرج استعمال الفقهاء له عن المعنى اللغوي .[1]

ويستعمل الفقهاء أيضا لفظ البذرقة - بفتح الموحدة وسكون الذال المعجمة - قيل معربة :

(١) لسان العرب والمصباح المنير والنهاية لابن الأثير والمعجم الوسيط ، والدسوقي ٤/ ٢٦ ، والحطاب ٢/ ٤٩٦ ونهاية المحتاج ٨/ ٧٥ وكشاف القناع ٢/ ٣٩١ والمغني ٨/ ٣٩٧

وقيل مولدة: ومعناها الخفارة، أي جُعْل الخفير، وقال النووي: هي الخفير الذي يحفظ الحجاج.

وفي المصباح: هي الجماعة التي تتقدم القافلة للحراسة.[١]

الحكم التكليفي :

٢ ـ الخفارة بمعنى الحفظ والحراسة، قد تكون واجبة كحراسة طائفة من الجيش للأخرى التي تصلي صلاة الخوف إذا أقيمت هذه الصلاة لقوله تعالى: ﴿وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة فلتقم طائفة منهم معك وليأخذوا أسلحتهم، فإذا سجدوا فليكونوا من ورائكم ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم﴾.[٢]

وقد تكون مستحبة، كالحراسة والمرابطة في الثغور.

وقد تكون جائزة، كمن يؤجر نفسه للحراسة في عمل غير محرم.[٣] وينظر تفصيل ذلك في: (حراسة، إجارة، جهاد، صلاة الخوف).

أما الخفارة بمعنى الأمان والذمة فالأصل أنه

(١) المصباح المنير، والحطاب ٢/ ٤٩٦

(٢) سورة النساء/ ١٠٢

(٣) البدائع ١/ ٢٤٤ والمغني ٢/ ٤٠١، ٨/ ٣٥٧ والدسوقي ٤/ ٢٦ وابن عابدين ٥/ ٤٤

يجوز عقد الأمان بين المسلمين والكفار إذا كان ذلك في مصلحة المسلمين.

ويجب إعطاء الأمان لمن طلبه ممن يريد التعرف على شرائع الإسلام، قال ابن قدامة: لا نعلم في هذا خلافا، وكتب عمر بن عبدالعزيز بذلك إلى الناس،[١] وذلك لقوله تعالى: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾.[٢] وينظر تفصيل ذلك في (أمان، جهاد).

أولا : الخفارة (بمعنى الجعُل، أو الحراسة)

يذكر الفقهاء الخفارة بمعنى الجعل، أو الحراسة في بعض المواضع، ومنها:

أ ـ في الحج :

٣ ـ يقرر الفقهاء أن أمن الطريق من أنواع الاستطاعة التي هي من شروط الحج.

فإذا كان في الطريق عدو، أو لص، أو مكّاس، أو غيرهم ممن يطلب الأموال من الحجاج، أو كان الطريق غير آمن واحتاج الحجاج إلى خفير يحرسهم بالأجر، فهل يعتبر ذلك عذرا يسقط به الحج أم لا؟

أما الحكم بالنسبة للخفارة التي يطلبها اللصوص أو غيرهم فهو أنه لا تُعتبر عذرا يسقط

(١) المغني ٨/ ٣٩٦ ـ ٣٩٩

(٢) سورة التوبة/ ٦

به الحج ، وذلك على القول المعتمد المفتى به عند الحنفية ، وهو مذهب المالكية وقول ابن حامد والموفق والمجد من الحنابلة ، لكن بشرط أن يكون ما يدفع يسيرا لا يجحف ، وبأن يأمن باذل الخفارة الغدر من المبذول له بأن يعلم بحكم العادة أنه لا يعود إلى الأخذ ثانيا ، لأن ما لا يجحف مع الأمن بعدم الأخذ ثانيا يعتبر غرامة يقف إمكان الحج على بذلها ، فلم يمنع وجوب الحج مع إمكان بذلها كثمن الماء وعلف البهائم .

وعند الشافعية وهو القول الثاني للحنفية وجمهور الحنابلة : لا يجب الحج ولو كان ما يدفع يسيرا لأنه رشوة فلا يلزم بذلها في العبادة كالكثير الذي يدفع ، ولأن في الدفع تحريضا على الطلب .

وأما الحكم بالنسبة لاستئجار خفير للحراسة بالأجر فعلى القول المعتمد المفتى به عند الحنفية وهو مذهب المالكية ، وهو الأصح عند الشافعية أنه لا يسقط الحج بذلك ، لكن ابن عرفة من المالكية اشترط أن تكون الأجرة لا تجحف بالمال ، وقال الشافعية : إن كان ذلك بأجرة المثل لزمهم إخراجها ، لأنها من أهبة النسك فيشترط في وجوبه القدرة عليها . وهو ظاهر مذهب الحنابلة .

وعلى القول الثاني عند الحنفية ومقابل الأصح عند الشافعية لا يجب استئجار من يحرس ، لأن سبب الحاجة إلى ذلك خوف الطريق وخروجها عن الاعتدال ، وقد ثبت أن أمن الطريق شرط ، ولأن لزوم أجرة الخفارة خسران لدفع الظلم ، وهو بمنزلة ما زاد على ثمن المثل وأجرته في الزاد والراحلة ، وهو قول جماهير العراقيين والخراسانيين من الشافعية .(1)

وينظر تفصيل ذلك في : (حج) .

ب ـ تضمين الخفراء :

٤ ـ يرى جمهور الفقهاء عدم تضمين الخفراء (الحراس) ، لأن الخفير أمين إلا أن يتعدى أو يفرط .(2)

قال الدردير : حارس الدار أو البستان أو الطعام أو الثياب لا ضمان عليه ، لأنه أمين إلا أن يتعدى أو يفرط ، ولا عبرة بما شرط أو كتب على الخفراء في الحارات والأسواق من الضمان .

قال الدسوقي : اعلم أن أصل المذهب عدم تضمين الخفراء والحراس والرعاة ، واستحسن

---

(1) ابن عابدين ٢/ ١٤٥ وحاشية الطحطاوي على الدر ١/ ٤٨٤ وجواهر الإكليل ١/ ١٦٢ ومنح الجليل ١/ ٤٣٧ والحطاب ٢/ ٤٩٦ وأسنى المطالب ١/ ٤٤٨ والمجموع ٧/ ٥٦ تحقيق المطيعي والمهذب ١/ ٢٠٣ والمغني ٣/ ٢١٩ وكشاف القناع ٢/ ٣٩٢ ـ ٣٩٣ ومنتهى الإرادات ٢/ ٣

(2) ابن عابدين ٥/ ٤٤ والدسوقي ٤/ ٢٦ ونهاية المحتاج ٥/ ٣٠٨ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٧٧

بعض المتأخرين تضمينهم نظرا لكونه من المصالح العامة.(١)

وهذا في الجملة وينظر التفصيل في: (إجارة، حراسة، ضمان).

ثانيا ـ الخفارة (بمعنى الذمة والأمان والعهد):

٥ ـ أ ـ الخفارة بمعنى الذمة والعهد والأمان قد تكون بين الله وبين عباده، وذلك أن المسلم يكون في خفارة الله، أي أمانه وذمته مادام مطيعا فإذا عصى الله فقد غدر. يروي البخاري في هذا المعنى قول النبي ﷺ: «من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا وأكل ذبيحتنا فذلك المسلم الذي له ذمة الله وذمة رسوله فلا تخفروا الله في ذمته»،(٢) والمعنى: لا تغدروا فمن غدر ترك الله حمايته، قال ابن حجر: وقد أخذ بمفهوم الحديث من ذهب إلى قتل تارك الصلاة.(٣)

وروى مسلم في صحيحه قول النبي ﷺ: «من صلى الصبح فهو في ذمة الله، فلا يطلبنكم الله من ذمته بشيء فيدركه فيكبه في نار جهنم».(١) قال القاضي عياض: المراد نهيهم عن التعرض لما يوجب المطالبة، والمعنى: من صلى الصبح فهو في ذمة الله فلا تتعرضوا له بشيء فإن تعرضتم فالله يدرككم، وقيل: المعنى لا تتركوا صلاة الصبح فينتقض العهد الذي بينكم وبين الله عز وجل ويطلبكم به. وخص الصبح بالذكر لما فيه من المشقة.(٢)

٦ ـ ب ـ الخفارة بمعنى الأمان والعهد الذي يكون بين الناس، وقد ورد في هذا قول النبي ﷺ: «ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم، فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين».(٣)

وقال الله تعالى: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه﴾.(٤)

قال الفقهاء: إذا أعطي الأمان لأهل الحرب حرم قتلهم، وأخذ أموالهم، والتعرض لهم، لأن إخفار العهد حرام. ومن طلب الأمان ليسمع كلام الله، ويعرف شرائع الإسلام وجب أن

---

(١) الدسوقي ٤/ ٢٦ ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٢

(٢) حديث: «من صلى صلاتنا واستقبل قبلتنا...» أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٤٩٦ ـ ط السلفية) من حديث أنس بن مالك.

(٣) فتح الباري ١/ ٤٩٦

---

(١) حديث: «من صلى الصبح فهو في ذمة الله...» أخرجه مسلم (١/ ٤٥٤ ـ ط الحلبي) من حديث جندب بن عبدالله.

(٢) صحيح مسلم بشرح الأبي ٢/ ٣٢٥

(٣) حديث: «ذمة المسلمين واحدة...» أخرجه البخاري (الفتح ١٣/ ٢٧٥ ـ ط السلفية) من حديث علي بن أبي طالب.

(٤) سورة التوبة/ ٦

يعطاه ثم يرد إلى مأمنه.[1] وفي ذلك تفصيل ينظر في: (أمان، جهاد).

خفاض

انظر: ختان

خف

انظر: مسح على الخفين

خفاش

انظر: أطعمة

(١) المغني لابن قدامة ٨/ ٣٩٦ - ٣٩٩ والبدائع ٧/ ١٠٧، ونهاية المحتاج ٨/ ٧٥

خفية

التعريف:

١ - الخفية في اللغة بضم الخاء وكسرها أصلها من خفيت الشيء أخفيه أي سترته أو أظهرته فهو من الأضداد. وخفي الشيء يخفى خفاء إذا استتر. ويقال: فعلته خفية إذا سترته، قال الليث: الخفية من قولك: أخفيت الشيء: أي سترته، ولقيته خفيا أي سرا[1]

وفي التنزيل: ﴿ادعو ربكم تضرعا وخفية﴾.[2] وفي الاصطلاح تطلق على الستر والكتمان دون الإظهار.[3]

الألفاظ ذات الصلة:

الاختلاس:

٢ - الاختلاس: السلب بسرعة على غفلة،

(١) المصباح المنير ولسان العرب مادة: «خفي» وتفسير القرطبي ٧/ ٩، ٢٢٣

(٢) سورة الأعراف/ ٥٥

(٣) تفسير القرطبي ٧/ ٢٢٣ وحاشية ابن عابدين ٣/ ١٩٢، ١٩٣، والبدائع ٧/ ٦٥، والشرح الصغير ٤/ ٤٦٩ وحاشية الجمل ٥/ ١٣٨، وكشاف القناع ٦/ ١٢٩

ولهذا يقال: الفرصة خلسة. وخلست الشيء خلسا إذا اختطفته بسرعة على غفلة. واختلسته كذلك. فالمختلس يأخذ المال عيانا ويعتمد الهرب، بخلاف السارق الذي يأخذه خفية. (١)

الحكم الإجمالي ومواطن البحث:

أولا: الخفية في الدعاء:

٣ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الدعاء خفية أفضل منه جهرا، لقوله تعالى: ﴿ادعوا ربكم تضرعا وخفية﴾. (٢) قال القرطبي: تضرعا: أن تظهروا التذلل، وخفية: أن تبطنوا مثل ذلك، (٣) فأمر الله عز وجل عباده بالدعاء، وقرن بالأمر صفات يحسن معها الدعاء، منها الخفية ومعنى خفية: سرا في النفس ليبعد عن الرياء. وبذلك أثنى على نبيه زكريا عليه السلام إذ قال: ﴿إذ نادى ربه نداء خفيا﴾(٤) ونحوه قول النبي ﷺ: «خير الذكر الخفي، وخير الرزق ما يكفي». (٥)

ومن المعلوم في الشريعة أن السر فيما لم يفرض من أعمال البر أعظم أجرا من الجهر، وأن إخفاء عبادات التطوع أولى من الجهر بها لنفي الرياء عنها، بخلاف الواجبات، لأن الفرائض لا يدخلها الرياء، والنوافل عرضة للرياء. (١)

واستثنى الفقهاء من ذلك أمورا منها: التلبية يوم عرفة، فقد نصوا على أن الجهر به أولى من الخفية على أن لا يفرط في الجهر به. (٢)

ثانيا: الخفية في السرقة:

٤ ـ اتفق الفقهاء على أن الأخذ على سبيل الاستخفاء ركن من أركان السرقة الموجبة للحد. فقد عرفوا السرقة بأنها: أخذ العاقل البالغ نصابا محرزا ملكا للغير لا شبهة فيه على وجه الخفية. (٣)

ومع اختلاف عبارات الفقهاء في تعريف السرقة وشروطها فإنهم لا يختلفون في اشتراط أن يكون الأخذ على وجه الخفية، وإلا لا يعتبر الأخذ سرقة، فلا قطع على منتهب، ولا على

---

(١) لسان العرب مادة: «خلس» وحاشية الجمل ٥/ ١٣٩، والمطلع على أبواب المقنع ص٣٧٥

(٢) سورة الأعراف/ ٥٥

(٣) تفسير القرطبي ٧/ ٩

(٤) سورة مريم/ ٣

(٥) حديث: «خير الذكر الخفي، وخير الرزق...». أخرجه أحمد (١/ ١٧٢ ـ ط الميمنية) من حديث سعد بن أبي وقاص، وأورده الهيثمي في المجمع (١٠/ ٨١ ـ ط =

= القدسي) وقال: «رواه أحمد وأبو يعلى، وفيه محمد بن عبدالرحمن بن لبيبة. وقد وثقه ابن حبان وضعفه ابن معين، وبقية رجالها رجال الصحيح».

(١) القرطبي ٣/ ٣٣٢، و٧/ ٢٢٤

(٢) حاشية ابن عابدين ٢/ ١٧٥، وجواهر الإكليل ١/ ٢٥٦، والقليوبي ٢/ ١١٤

(٣) الاختيار ٤/ ١٠٢، وابن عابدين ٣/ ١٩٢، والشرح الصغير للدردير ٤/ ٤٦٩، وحاشية الجمل ٥/ ١٣٩، ومغني المحتاج ٤/ ١٥٨، وكشاف القناع ٦/ ١٢٩، والمغني لابن قدامة ٨/ ٢٤٠

مختلس ولا على خائن ، كما ورد عن النبي ﷺ أنه قال : «ليس على خائن ولا منتهب ، ولا مختلس قطع»(١) والمختلس والمنتهب يأخذان المال عيانا ويعتمد الأول الهرب ، والثاني القوة والغلبة ، فيدفعان بالسلطان وغيره ، بخلاف السارق لأخذه خفية فيشرع قطعه زجرا .(٢)

وفي تحقق هذا الركن من كون الخفية ابتداء وانتهاء معا ، أو ابتداء فقط وكذلك في سائر الأركان والشروط بيان وتفصيل ، وفي بعض الفروع خلاف بين الفقهاء ينظر في مصطلح : (سرقة) .

خلا

انظر : كلأ



(١) حديث : «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس . . .» أخرجه الترمذي (٤/ ٥٢ ـ ط الحلبي) من حديث جابر بن عبدالله . وقال : «حديث حسن صحيح» .

(٢) المراجع السابقة .

خلاء

التعريف :

١ ـ الخلاء لغة من خلا المنزل أو المكان من أهله يخلو خلوا وخلاء إذا لم يكن فيه أحد ولا شيء فيه .

ومكان خلاء لا أحد به ولا شيء فيه .

والخلاء بالمد مثل الفضاء والبراز من الأرض .

والخلاء بالمد في الأصل المكان الخالي ثم نقل إلى البناء المعد لقضاء الحاجة عرفا ، وجمعه أخلية . ويسمى أيضا الكنيف والمرفق والمرحاض . والتخلي هو قضاء الحاجة . وفي الحديث : «كان أناس ـ من الصحابة ـ يستحيون أن يتخلوا فيفضوا إلى السماء» ، أي يستحيون أن ينكشفوا عند قضاء الحاجة تحت السماء .(١)

الحكم الإجمالي :

٢ ـ ذكر الفقهاء للتخلي آدابا عديدة منها :

(١) لسان العرب والمصباح المنير مادة : «خلا» ومغني المحتاج ١/ ٣٩

أن الشخص المتخلي يقدم ندبا رجله اليسرى عند دخول الخلاء قائلا : بسم الله ، اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث لما روي عن أنس رضي الله عنه : أن النبي ﷺ كان إذا دخل الخلاء قال: «اللهم إني أعوذ بك من الخبث والخبائث» . (١)

وتنظر الأحكام المتعلقة بالخلاء تحت مصطلح : (قضاء الحاجة) .

خلاف

انظر : اختلاف .

خلافة

انظر : إمامة كبرى .

---

(١) حديث : «كان إذا دخل الخلاء قال : اللهم إني . . . » . أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٢٤٢ ـ ط السلفية) ومسلم (١/ ٢٨٣ ـ ط الحلبي) من حديث أنس بن مالك .
وانظر : ابن عابدين ١/ ٢٣٠ ، جواهر الإكليل ١/ ١٨ ومغني المحتاج ١/ ٣٩ والمغني لابن قدامة ١/ ١٦٧

خلط

التعريف :

١ ـ الخلط في اللغة مصدر خلط الشيء بغيره يخلطه خلطا إذا مزجه به وخلّطه تخليطا فاختلط : امتزج .

والخلط أعم من أن يكون في المائعات ونحوها مما لا يمكن تمييزه، أو غيرها مما يمكن تمييزه بعد الخلط ، كالحيوانات ، وكل ما خالط الشيء ، فهو خلط .

وجاء في الكليات : الخلط : الجمع بين أجزاء شيئين فأكثر: مائعين ، أو جامدين ، أو متخالفين . (١)

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي .

أحكام الخلط :

يختلف حكم الخلط باختلاف موضوعه كما سيأتي .

---

(١) تاج العروس ، الكليات ، المصباح المنير.

خلط ما تجب فيه الزكاة:

٢ - إن خلط اثنان من أهل الزكاة مالين لهما مما تجب فيه الزكاة: خلطة شيوع، أو جوار فيزكيان زكاة الواحد عند بعض الفقهاء، والتفصيل في مصطلح: (خلطة).

خلط المالين في عقد الشركة:

٣ - اختلف الفقهاء في اشتراط خلط المالين قبل العقد لانعقاد عقد الشركة.

فذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة) إلى أن الشركة تنعقد بمجرد العقد وإن لم يحصل الخلط بين المالين.[1]

وقالوا: إن الشركة في الربح مستندة إلى العقد دون المال، لأن العقد يسمى شركة فلابد من تحقق معنى هذا الاسم فيه، فلم يكن الخلط شرطا، ولأن الدراهم والدنانير لا يتعينان، فلا يستفاد الربح برأس المال وإنما يستفاد بالتصرف، لأنه في النصف أصيل وفي النصف وكيل، وإذا تحققت الشركة في التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به، ولأنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه الخلط كالمضاربة.[2]

(١) فتح القدير ٥/ ٢٤، مواهب الجليل ٥/ ١٢٥، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٤٩ - ٣٥٠، كشاف القناع ٣/ ٤٩٧

(٢) فتح القدير ٥/ ٢٤، مواهب الجليل ٥/ ١٢٥، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٤٩ - ٣٥٠، كشاف القناع ٣/ ٤٩٧

وقال الشافعية: يشترط في صحة عقد الشركة خلط رأس مال الشركة بعضه ببعضه قبل العقد خلطا لا يمكن التمييز بينهما، فلو حصل الخلط بعد العقد، ولو في المجلس لم يكف على الأصح، ويجب إعادة العقد.[1]

وقالوا: إن أسماء العقود المشتقة من المعاني يجب تحقق تلك المعاني فيها، ومعنى الشركة: الاختلاط والامتزاج.

وهو لا يحصل إلا بالخلط قبل العقد، وتفصيل ذلك في مصطلح (شركة).

الخلط تعديا:

٤ - إذا خلط الغاصب المال المغصوب بغيره، أو اختلط عنده، أو خلط الأمين كالمودع والوكيل، وعامل القراض المال المؤتمن عليه بغيره، فإن أمكن التمييز لزمه، وإن شق عليه، وإلا فكالتالف، فينتقل الحق إلى ذمة الغاصب أو الأمين، سواء خلطه بمثله أم بأجود منه، أم بأردأ، وللضامن أن يدفع من المخلوط بمثله أو بأجود منه، لأنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي، فلم يجب عليه الانتقال إلى بدله في الجميع.[2]

(١) أسنى المطالب ٢/ ٢٥٤، الجمل على شرح المنهج ٣/ ٣٩٦، نهاية المحتاج ٥/ ٧

(٢) نهاية المحتاج ٥/ ١٨٥، حاشية الجمل ٣/ ٤٩٤، كشاف القناع ٤/ ٩٤، فتح القدير ٥/ ١٧، روضة الطالبين ٦/ ٣٣٦، البدائع ٦/ ٢١٣، حاشية الدسوقي ٣/ ٤٢٠

وتفصيل ذلك في: (وديعة، وكالة، مضاربة، غصب).

خلط الولي مال الصبي بماله:

٥ ـ يجوز للولي خلط مال الصبي بماله، ومؤاكلته للإرفاق إذا كان في الخلط حظ للصبي، بأن كانت كلفة الاجتماع أقل منها في الانفراد، وله الضيافة، والإطعام من المال المشترك، إن فضل للمولى عليه قدر حقه، وكذا له خلط أطعمة أيتام بعضها ببعضها وبماله إن كانت في ذلك مصلحة للجميع.[١] لقوله تعالى: ﴿ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير وإن تخالطوهم فإخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح ولو شاء الله لأعنتكم إن الله عزيز حكيم﴾.[٢]

خلط الماء بطاهر:

٦ ـ لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا خالط الماء ما لا يمكن التحرز منه كالطحلب، وسائر ما ينبت في الماء، وما في مقره، وممره، فغيّره فإنه لا يسلبه الطهورية، أما إذا خلط بقصد فغيّره فإنه يسلبه الطهورية.[٣]

وتفصيل ذلك في مصطلح: (طهارة).

---

(١) حاشية الجمل ٣/ ٣٤٧، نهاية المحتاج ٤/ ٣٨٥

(٢) سورة البقرة/ ٢٢٠

(٣) المغني ١/ ١٣، روضة الطالبين ١/ ١٥

خُلطة

التعريف:

١ ـ الخُلطة (بضم الخاء) لغة من الخلط، وهو مزج الشيء بالشيء. يقال: خلط القمح بالقمح يخلطه خلطا، وخلّطه فاختلط. وخليطُ الرجل مخالطُه... والخليط، الجار والصاحب. وقيل: لا يكون إلا في الشركة.

وفي التنزيل ﴿وإن كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض﴾.[١] والخِلطة العِشْرة. والخُلطة الشركة.[٢]

والخُلطَة في الاصطلاح الفقهي نوعان:

النوع الأول: خُلطة الأعيان، هكذا سماها الحنابلة، وسماها الشافعية أيضا خُلطة الاشتراك وخلطة الشيوع، وهي أن يكون المال لرجلين أو أكثر هو بينهما على الشيوع، مثل أن يشتريا قطيعا من الماشية شركة بينهما لكل منهما فيه نصيب مشاع، أو أن يرثاه أو يوهب لهما فيبقياه بحاله غير متميز.

---

(١) سورة ص/ ٢٤

(٢) لسان العرب.

والثاني: خلطة الأوصاف، وفي شرح المنهاج تسميتها خلطة الجوار أيضا. وهي أن يكون مال كل من الخليطين معروفا لصاحبه بعينه فيخلطاه في المرافق لأجل الرفق في المرعى، أو الحظيرة، أو الشرب. بحيث لا تتميز في المرافق. [(١)]

الحكم التكليفي:

٢ - الخلطة في الأموال على وجه يتميز به مال كل من الخليطين عن صاحبه أمر مباح في الأصل، لأنه نوع من التصرف المباح في المال الخاص. وقد يحصل به أنواع من الرفق بأصحاب الأموال كأن يكون لأهل القرية غنم لكل منهم عدد قليل منها فيجمعوها عند راع واحد يرعاها بأجر أو تبرعا، ويؤويها إلى حظيرة واحدة، وتجمع في سقيها أو حلبها أو غير ذلك، فذلك أيسر عليهم من أن يقوم كل منهم على غنمه وحده، وكذا في خلطة المزارع الارتفاق باتحاد الناطور، والماء، والحراث، والعامل. وفي خلطة التجار باتحاد الميزان ونحو ذلك. [(٢)]

وأما خلطة الأعيان فهي الشركة بعينها، ويراجع حكمها تحت مصطلح: (شركة)

(١) المغني لابن قدامة ٢/ ٦٠٧ ط ثالثة، مكتبة المنار، ١٣٦٧هـ، وشرح المنهاج للمحلي مع حاشية القليوبي وعميرة ٢/ ١١ - ١٣ القاهرة، عيسى الحلبي.

(٢) شرح المنهاج ٢/ ١٣ والمغني ٢/ ٦١٩

والأصل فيها أيضا الإباحة.

وبما أن الخلطة قد تكون سببا في تقليل الزكاة بشروطها فقد ورد النهي عن إظهار صورة الخلطة إذا لم تكن هناك خلطة في الحقيقة سعيا وراء تقليل الزكاة التي قد وجبت فعلا، وكذا ورد النهي عن إظهار صورة الانفراد سعيا وراء تقليل الزكاة التي وجبت فعلا في الأموال المختلطة، وذلك بقول النبي ﷺ: «لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة». [(١)] ويأتي مطولا بيان معنى ذلك.

أحكام الخلطة:

٣ - اختلف الفقهاء في تأثير الخلطة في الزكاة على قولين:

الأول: أن لها تأثيرا في الزكاة من حيث الجملة، وهذا قول الجمهور على خلاف بينهم في بعض الشروط التي لابد من توافرها ليتحقق ذلك التأثير. مع الخلاف أيضا في الأموال التي تؤثر الخلطة فيها على ما سيأتي. واستدلوا بقول النبي ﷺ فيما رواه البخاري من حديث أنس رضي الله عنه «ولا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة، وما كان من خليطين فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية». [(٢)]

(١) حديث: «لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين...». أخرجه البخاري (الفتح ٣/ ٣١٤ - ٣١٥ ط السلفية).

(٢) حديث: «لا يجمع بين متفرق...» سبق تخريجه ف/ ٢

قال الأزهري: جود تفسير هذا الحديث أبو عبيد في كتاب الأموال، وفسره على نحو ما فسره الشافعي. قال الشافعي: الذي لا أشك فيه أن «الخليطين»: الشريكان لم يقتسما الماشية، «وتراجعهما بالسوية»: أن يكونا خليطين في الإبل تجب فيها الغنم، فتوجد الإبل في يد أحدهما، فتأخذ منه صدقتها فيرجع على شريكه بالسوية. قال الشافعي: وقد يكون «الخليطان» الرجلين يتخالطان بماشيتهما، وإن عرف كل منهما ماشيته، قال: ولا يكونان خليطين حتى يريحا ويسرحا معا، وتكون فحولتهما مختلطة، فإذا كانا هكذا صدقا صدقة الواحد بكل حال.

قال: وإن تفرقا في مراح، أو سقي، أو فحول، صدقا صدقة الاثنين. ا. هـ.

وأما قوله ﷺ: «لا يجمع بين متفرق خشية الصدقة» فهو نهي عن أن يخلط الرجل إبله بإبل غيره، أو غنمه بغنمه، أو بقره ببقره، ليمنع حق الله تعالى ويبخس المصدق (وهو جابي الزكاة)، وذلك كأن يكون ثلاثة رجال، لكل منهم أربعون شاة، فيكون على كل منهم في غنمه شاة، فإذا أحسوا بقرب وصول المصدق جمعوها ليكون عليهم فيها شاة واحدة.

وقوله عليه الصلاة والسلام: «ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة» مثل أن يكون نصاب بين اثنين، فإذا جاء المصدق أفرد كل منهما إبله عن إبل صاحبه لئلا يكون عليهما شيء.(١)

واحتجوا أيضا بقول النبي ﷺ: «لا خلاط ولا وراط(٢) (الخديعة)» فالخلاط المنهي عنه هو ما تقدم في تفسير قوله ﷺ «لا يجمع بين متفرق خشية الصدقة» فلولا أن للخلط تأثيرا في الزكاة ما نهى عنه.(٣)

القول الثاني: وهو مذهب الحنفية أن الخلطة بنوعيها لا تأثير لها، واستدلوا بحديث أنس نفسه، قال ابن الهمام: لنا هذا الحديث، إذ المراد الجمع والتفريق في الأملاك لا في الأمكنة، ألا ترى أن النصاب المفرق في أمكنة مع وحدة المالك تجب فيه الزكاة، ومن ملك ثمانين شاة فليس للساعي أن يجعلها نصابين بأن يفرقها في مكانين. قال: «فمعنى لا يفرق بين مجتمع»، أن لا يفرق الساعي بين الثمانين أو المائة والعشرين فيجعلها نصابين أو ثلاثة. ومعنى «ولا يجمع بين متفرق» لا يجمع الأربعين المتفرقة في الملك بأن تكون مشتركة ليجعلها نصابا، والحال أن

---

(١) لسان العرب، والأم للشافعي ٢/ ١٣ القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية.

(٢) حديث: «لا خلاط ولا وراط». ذكره أبو عبيد القاسم بن سلام في غريب الحديث (١/ ٢١٥ - ط دائرة المعارف العثمانية) ولم يسنده.

(٣) المغني لابن قدامة ٢/ ٦٠٨ ط ثالثة، مطبعة المنار ١٣٦٨هـ.

لكـل منها عشرين. قال: «وتراجعها بالسوية» أن يرجع كل واحـد من الشريكين على شريكه بحصة ما أخذ منه. [1]

واحتجـوا أيضـا بقـول النبي ﷺ «إذا كانت سائمـة الـرجـل ناقصـة من أربعـين شاة واحدة فليس فيهـا صدقـة»[2] قال الكـاسـاني: نفى الحـديث وجوب الزكاة في أقل من أربعين مطلقا عن حال الشـركـة والانفـراد. فدل أن كمال النصاب في حق كل واحد منها شرط الوجوب. [3]

أوجه تأثير الخلطة :

٤ - الخلطـة تؤثـر - عنـد من قال بها - في المـالين المختلطين من أوجه:

الأول: تكميـل النصـاب، وهذا عند الشافعية والحنـابلة، فلو كان لكـل من الخليطـين أقل من نصـاب، ومجمـوع مالهـما نصـاب، تجب فيـه الـزكـاة. وفي كتـاب الفروع: لو تخالط أربعون رجـلا لكـل منهم شاة واحـدة، فعليهم الزكاة، شاة واحدة. وقال المالكية: لا أثر للخلطة حتى يكون لكل من الخليطين نصاب.

الثـاني: القـدر، فلو كان ثلاثـة لكـل منهم أربعـون شاة تخالطـوا بها، فعليهم شاة واحدة، ولـولا الخلطـة لكـان على كل منهم شاة. وهذا تأثـير بالنقص. وقـد يكـون التأثـير بالـزيـادة، كخليطـين لكـل واحـد منهـما مائـة شاة وشـاة واحـدة، عليهما ثلاث شياه، ولولا الخلطة لكان على كل منهـما شاة واحـدة. وقـد يكـون التأثير تخفيـفـا على أحـدهما وتثقيـلا على الآخـر كخليطين لأحدهما أربعون وللآخر عشرون.

الثـالث: السن: كاثنـين لكـل منهـما ست وثـلاثـون من الإبـل فعليهم جذعـة، على كل واحد نصفها، ولولا الخلطة لكان على كل منهما بنت لبون، فحصل بها تغير في السن.

الـرابـع: الصنف، كاثنين لأحدهما أربعون من الضأن، وللثـاني ثمانـون من المعـز، فعليهـما شاة من المعـز، لأن المعز أكثر، كالمالك الواحد، فقد تغير الصنف بالنسبة لمالك الضأن.

وقـد لا توجب الخلطـة تغيـيرا، كاثنين لكل منهـما عشر شيـاه فلا زكـاة عليهما مع الخلطة أو عدمهـا. أو اثنـين لكـل منهما مائة شاة، فعليهما شاتان سواء اختلطا أم انفردا. [1]

الخـامس: أن الخلطـة تفيـد جواز إخـراج الخليـط الـزكـاة عن خليطـه عنـد الشـافعيـة

(١) فتح القدير لابن الهمام ١/ ٤٩٦ ط بولاق ١٣١٥هـ.
(٢) حديث: «إذا كانت سائمـة الـرجـل ناقصـة من أربعـين شاة...». أخـرجـه البخـاري (الفتـح ٣/ ٣١٨ - ط السلفية) من حديث أنس بن مالك.
(٣) بدائع الصنائع ٢/ ٨٦٩ القاهرة، نشر زكريا علي يوسف.

(١) الشـرح الكبـير وحـاشيـة الـدسـوقي ١/ ٤٣٩ والفـروع ٢/ ٣٨٣ وحاشية الشبراملسي على النهاية ٣/ ٥٩

والحنابلة. قال صاحب المحرر من الحنابلة: عقد الخلطة جعل كل واحد منهما كالآذن لخليطه في الإخراج عنه. وقال ابن حامد: يجزىء إخراج أحدهما بلا إذن الآخر.

واختار صاحب الرعاية: لا يجزىء إلا بإذن.[١]

أنواع الأموال الزكوية التي يظهر فيها تأثير الخلطة عند غير الحنفية:

أولا: السائمة:

٥ - قد اتفق من عدا الحنفية على أن الخلطة مؤثرة فيها. سواء أكانت إبلا مع إبل، أو غنما مع غنم، أو بقراً مع بقر.[٢]

ثانيا: الزرع والثمر وعروض التجارة والذهب والفضة:

فالأظهر عند الشافعية أنها تؤثر أيضا، فلو كان نصاب منها مشتركا بين اثنين ففيه الزكاة، وكذا إن كان مختلطا خلطة جوار. واحتجوا بعموم الحديث «لا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة» وهذا رواية عن أحمد اختارها الآجري وصححها ابن عقيل، ووجهها القاضي بأن المؤونة تخف فالملقح واحد، والحراث واحد، والجرين واحد، وكذا الدكان واحد، والميزان والمخزن والبائع.

ومذهب مالك هو والرواية الأخرى عن أحمد وهو قول للشافعية: إن الخلطة فيها لا تؤثر مطلقا، بل يزكى مال كل شريك أو خليط وحده. قال ابن قدامة: وهذا قول أكثر أهل العلم قال: وهو الصحيح، لقول النبي ﷺ: «الخليطان ما اجتمعا على الحوض والراعي والفحل»[١] فدل على أن ما لم يوجد فيه ذلك لا يكون خلطة مؤثرة، ودل على أن حديث «لا يفرق بين مجتمع» إنما يكون في الماشية.

ووجه الخصوصية أن الزكاة تقل بجمع الماشية تارة وتزيد أخرى، وسائر الأموال غير الماشية تجب فيها فيما زاد على النصاب بحسابه فلا أثر لجمعها، ولأن الخلطة في الماشية تؤثر للمالك نفعا تارة وضررا تارة أخرى، ولو اعتبرت في غير الماشية أثرت ضررا محضا برب المال، أي في حال انفراد كل من الخليطين بأقل من النصاب، فلا يجوز اعتبارها.[٢]

---

(١) الفروع ٢/ ٤٠٥ ونهاية المحتاج ٣/ ٦١

(٢) جواهر الإكليل ١/ ١٢١ والدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٣٩ ط عيسى الحلبي والمغني ٢/ ٦٠٧، وشرح المنهاج ٢/ ١٢

(١) حديث: «الخليطان ما اجتمعا على الحوض...». أخرجه الدارقطني (٢/ ١٠٤ - ط دار المحاسن) من حديث سعد بن أبي وقاص، وقال أبو حاتم الرازي في علل الحديث (١/ ٢١٩ - ط السلفية): «هذا حديث باطل».

(٢) المغني ٢/ ٦١٩ والفروع ٢/ ٣٩٨

وفي قول ثالث عند الشافعية ورواية عن أحمد: التفريق بين خلطة الاشتراك، فتؤثر وبين خلطة الجوار فلا تؤثر مطلقا.

وفي قول رابع للشافعية: تؤثر خلطة الجوار في الزرع والثمر دون النقد وعروض التجارة.

وقد نقل هذا القول ابن قدامة عن الأوزاعي وإسحاق.(١)

شروط تأثير الخلطة في الزكاة عند القائلين بها:

الذين قالوا بتأثير الخلطة في الزكاة اشترطوا لذلك شروطا كما يلي:

الشرط الأول:

٦ ـ أن يكون لكل من الخليطين نصاب تام، وهذا اشترطه المالكية في المعتمد والثوري وأبو ثور واختاره ابن المنذر. قال المالكية: وسواء خالط بنصابه التام أو ببعضه. فلو كان له أربعون أو أكثر من الغنم فخالط بها كلها من له أربعون أو أكثر زكي ما لهما زكاة مالك واحد. ولو أن أحدهما خالط بعشرين وله غيرها مما يتم به ما له نصابا فيضم ما لم يخالط به إلى مال الخلطة وتزكى غنمهما كلها زكاة مالك واحد إذا كان ما تخالطا به نصابا أو أكثر.(٢)

(١) المغني ٢/ ٦١٩، وشرح المنهاج ٢/ ١٣

(٢) الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٤٠ والمغني ٢/ ٦٠٧

وقال الشافعية: المشترط أن يكون مجموع المالين لا يقل عن نصاب، فإن كان مجموعهما أقل من نصاب فلا أثر للخلطة ما لم يكن لأحدهما مال آخر من جنس المال المختلط يكمل به مع ماله المختلط نصاب، كما لو اختلطا في عشرين شاة لكل منهما منها عشر فلا أثر للخلطة، فإن كان لأحدهما ثلاثون أخرى زكيا زكاة الخلطة.(١)

أما عند الحنابلة فالخلطة مؤثرة ولو لم يبلغ مال كل من الخليطين نصابا.(٢)

الشرط الثاني:

٧ ـ أن يكون كل من الخليطين من أهل الزكاة، مسلما، فإن كانا كافرين أو أحدهما، لم تلزم الزكاة الكافر ويزكي المسلم زكاة منفرد. فإن كانوا ثلاثة خلطاء أحدهم كافر زكى الآخران ماليهما زكاة خلطة.

ومن ذلك أن المالكية اشترطوا في كلا الخليطين أن يكون حرا لأن العبد لا زكاة عليه.

واشترط الحنابلة أن لا يكون الخليط غاصبا لما هو مخالط به.(٣)

(١) حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٣/ ٥٩

(٢) الفروع ٢/ ٣٨١

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٤٠، والفروع ٢/ ٣٨١

وكذا لو كان أحد المالين موقوفا أو لبيت المال.[١]

الشرط الثالث :

٨ ـ نية الخلطة: وهذا قد اشترطه المالكية، وهو قول للشافعية خلاف الأصح عندهم، وقول القاضي من الحنابلة. قال الدردير من المالكية: والمراد أن ينوي الخلطة كل واحد من الخليطين أو الخلطاء، لا واحد فقط، بأن ينويا حصول الرفق بالاختلاط لا الفرار من الزكاة. ووجهه المحلي بأن الخلطة تغير أمر الزكاة بالتكثير أو التقليل ولا ينبغي أن يكثر من غير قصده ورضاه ولا أن يقلل إذا لم يقصده محافظة على حق الفقراء.

والأصح عند الشافعية وهو مذهب الحنابلة أنه لا أثر لنية الخلطة، قال المحلي: لأن الخلطة إنما تؤثر من جهة خفة المؤنة باتحاد المرافق وذلك لا يختلف بالقصد وعدمه. وقال ابن قدامة: لأن النية لا تؤثر في الخلطة فلا تؤثر في حكمها. ولأن المقصود بالخلطة الارتفاق وهو حاصل ولو بغير نية، فلم يتغير وجودها معه كما لا تتغير نية السوم في الإسامة، ولا نية السقي في الزروع والثمار، ولا نية مضي الحول فيما الحول شرط فيه.[٢]

الشرط الرابع :

٩ ـ الاشتراك في مرافق معينة، والكلام على ذلك يتعلق بالأنعام وبغيرها.

أولا: الخلطة في الأنعام. وجملة ما يذكره الفقهاء من تلك المرافق.

١ ـ المشرع، أي موضع الماء الذي تشرب منه سواء كان حوضا، أو نهرا، أو عينا، أو بئرا، فلا يختص أحد المالين بماء دون الآخر.

٢ ـ المراح، قال المالكية: هو المكان الذي تقيل فيه أو تجتمع، ثم تساق منه للمبيت أو للسروح. وقال الشافعية والحنابلة: المراح مأواها ليلا.

٣ ـ المبيت: وهو المكان الذي تقضي فيه الليل.

٤ ـ موضع الحلب، والآنية التي يحلب فيها، والحالب.

٥ ـ المسرح: وهو عند الشافعية الموضع الذي تسرح إليه لتجتمع وتساق إلى المرعى.

٦ ـ المرعى: وهو مكان الرعي وهو المسرح نفسه عند الحنابلة، وغيره عند الشافعية.

٧ ـ الراعي: ولو كان لكل من المالين راع لكن لو تعاون الراعيان في حفظ المالين بإذن صاحبيهما فذلك من اتحاد الراعي أيضا.

٨ ـ الفحولة: بأن تضرب في الجميع دون تمييز. والأصل في ذلك الحديث الذي تقدم نقله

---

(١) نهاية المحتاج ٣/ ٥٩

(٢) الدسوقي والشرح الكبير ١/ ٤٤٠، وشرح المنهاج وحاشية القليوبي ٢/ ١٢ والمغني لابن قدامة ٢/ ٦٠٩

«الخليطان ما اجتمعا على الحوض والفحل والراعي». [(١)]

ثم إن المالكية قالوا: تتم الخلطة بثلاثة على الأقل من خمسة هي الماء، والمراح، والمبيت، والراعي، والفحل، فلو انفردا في اثنين من الخمسة أو واحد لم ينتف حكم الخلطة.

ومذهب الشافعية أنه لابد من الاشتراك في سبعة هي المشرع، والمسرح، والمراح، وموضع الحلب، والراعي، والفحل، والمرعى. وزاد بعضهم غيرها.

ومذهب الحنابلة لابد من الاشتراك في خمسة: المسرح وهو المرعى، والمبيت، والمشرب، والمحلب، والفحل، وبعضهم أضاف الراعي، وبعضهم جعل الراعي والمرعى شرطا واحدا. واشترط بعضهم خلط اللبن. [(١)]

وقد صرح المالكية بأن كل منفعة من هذه المنافع يحصل الاشتراك فيها إذا لم يختص بها أحد المالين دون الآخر سواء أكانت مملوكة لهما أم لأحدهما وأذن للآخر أو لغيرهما وأعاره لهما أو كانت مباحة للناس كما في المبيت والمراح والمشرب.

(١) حديث: «الخليطان ما اجتمعا ....» تقدم تخريجه ف/ ٥

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٤٠ والفروع لابن مفلح ٢/ ٣٨٢، وشرح المنهاج وحاشية القليوبي ٢/ ١١، ١٢ والمغني ٢/ ٦٠٨

١٠ ـ ثانيا: الخلطة في الزروع والثمار، فالذين قالوا من الشافعية إن الخلطة تؤثر فيها حتى تؤخذ من النصاب ولو كان مملوكا لأكثر من واحد، قالوا: يشترط أن لا يتميز (الناطور) وهو حافظ النخل والشجر، و(الجرين) وهو موضع جمع الثمر وتجفيفه، قال الرملي: وزاد في شرح المهذب اتحاد الماء، والحراث، والعامل، وجذاذ النخل، والملقح، واللقاط، وما يسقى لهما به.

وفي خلطة التاجرين اشترطوا اتحاد الدكان والحارس ومكان الحفظ ونحوها، ولو كان مال كل منهما متميزا، كأن تكون دراهم أحدهما في كيس ودراهم الآخر في كيس إلا أن الصندوق واحد. وفيما زاده في شرح المهذب: اتحاد الحمال، والكيال، والوزان، والميزان. [(١)]

وفيما علل به الذاهبون من الحنابلة إلى تأثير الخلطة في الزروع والثمار والعروض إيماء إلى اشتراط مثل ما قاله الشافعية، فقد جاء في المغني: خرّج القاضي وجها في الزروع والثمار أن الخلطة تؤثر لأن المؤونة تخف إذا كان الملقح واحدا، والصّعّاد والناطور والجرين. وكذلك أموال التجارة، فالدكان والمخزن والميزان والبائع واحد. [(٢)] وعبر في الفروع عن ذلك كله باتحاد المؤن ومرافق الملك. [(٣)]

(١) شرح المنهاج ٢/ ١٣

(٢) المغني ٢/ ٦١٩

(٣) الفروع لابن مفلح ٢/ ٣٩٨ بيروت، نشر عالم الكتب.

١١ ـ الشرط الخامس: الحول في الأموال الحولية. وهذا الشرط للشافعية في الجديد. والحنابلة. قال ابن قدامة: يعتبر اختلاطهم في جميع الحول، فإن ثبت لهم حكم الانفراد في بعضه زكوا زكاة منفردين. وقال الشافعية: لو ملك كل منهما أربعين شاة في غرة المحرم ثم خلطا في غرة صفر فلا يثبت حكم الخلطة في هذه السنة، ويثبت في السنة الثانية.

والمذهب القديم للشافعية عدم اشتراط تمام الحول على الاختلاط. وعليه يكون على كل منهما شاة كاملة في نهاية السنة الأولى على الجديد في المثال السابق. وفي القديم نصف شاة. (١)

ومذهب مالك أن المشترط الاختلاط آخر حول الملك وقبله بنحو شهر، ولوكانا قبل ذلك منفردين، فيكفي اختلاطهما في أثناء السنة من حين الملك ما لم يقرب آخر السنة جدًا. (٢)

فإن لم يكن المال حوليًا، كالزروع والثمار عند من قال بتأثير الخلطة فيها، قال الرملي: المعتبر بقاء الخلطة إلى زهو الثمار، واشتداد الحب في النبات. (٣)

(١) شرح المنهاج ٢/ ١٢

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١/ ٤٤٠

(٣) نهاية المحتاج ٣/ ٦٠

كيفية إخراج زكاة المال المختلط:

١٢ ـ الخلطاء سواء أكانوا في خلطة اشتراك أم في خلطة جوار، يعامل مالهم الذي تخالطوا فيه معاملة مال رجل واحد، وهذا يقتضي أن الساعي له أن يأخذ الفرض من مال أي الخليطين شاء، سواء دعت الحاجة إلى ذلك بأن تكون الفريضة عينا واحدة لا يمكن أخذها من المالين جميعا، أوكان لا يجد فرضهما جميعا إلا في أحد المالين، مثل أن يكون مال أحدهما صغارا، ومال الآخر كبارا، أويكون مال أحدهما مراضا، ومال الآخر صحاحا، فإنه يأخذ صحيحة كبيرة، أولم تدع الحاجة إلى ذلك. قال أحمد: إنما يجيء المصدق (أي الجابي) فيجد الماشية فيصدقها، ليس يجيء فيقول: أي شيء لك؟ وإنما يصدّق ما يجده. وقال الهيثم بن خارجة لأحمد: أنا رأيت مسكينا كان له في غنم شاتان، فجاء المصدّق فأخذ إحداهما. ولأن المالين قد صارا كالمال الواحد في وجوب الزكاة، فكذلك في إخراجها. (١)

الترادّ فيما يأخذه الساعي من زكاة المال المختلط:

١٣ ـ إن كانت الخلطة خلطة اشتراك، والمال مشاع بين الخليطين، فإن ما يأخذه الساعي هو

(١) المغني ٢/ ٦١٥

من المشاع بين الخلطاء، فلا إشكال، لأنه يكون بينهم بنسبة ملكهم في أصل المال.

وإن كانت خلطة جوار، فإنه إما أن يأخذ بحق أو بباطل.

الحالة الأولى: أن يأخذ بحق، وحينئذ فما أخذه يتراجعان في قيمته بالنسبة العددية لكل من ماليهما. فلو خلطا عشرين من الغنم بعشرين، فأخذ الساعي شاة من نصيب أحدهما رجع على صاحبه بنصف قيمة الشاة التي أخذت منه، لا بنصف شاة، لأن الشاة غير مثلية.

ولو كان لأحدهما مائة وللآخر خمسون فأخذ الساعي الشاتين الواجبتين من غنم صاحب المائة، رجع بثلث قيمتهما، أو من صاحب الخمسين رجع على الآخر بثلثي قيمتهما، أو أخذ من كل منهما شاة، رجع صاحب المائة بثلث قيمة شاته، وصاحب الخمسين بثلثي قيمة شاته، ثم إنه إذا لم تكن بينة وتنازعا في قيمة المأخوذ، فالقول قول المرجوع عليه بيمينه إذا احتمل قوله الصدق لأنه غارم.[1]

والمعتبر في قيمة المرجوع به يوم الأخذ في قول ابن القاسم، لأنه بمعنى الاستهلاك، وقال أشهب: يوم التراجع، لأنه بمعنى السلف، والمتسلف إذا عجز عن ردّ ما تسلفه وأراد ردّ قيمته تعتبر قيمته يوم القضاء.[1]

الحالة الثانية: أن يأخذ بغير حق، وهذا على نوعين، لأنه إما أن يكون متأولا تأويلا سائغا أو لا.

فإن كان متأولا تأويلا سائغا، وهو أن يكون رأى جواز ذلك شرعا، فحكمه حكم ما لو أخذ بحق. ومثال ذلك عند المالكية، أن يأخذ شاة من خليطين لكل منهما عشرون شاة، فيتراجعا كما تقدم. والأصل عند المالكية أن هذا الأخذ بغير حق، لأن الخلطة لا تؤثر تكميل النصاب كما تقدم، بخلاف مذهب الشافعية والحنابلة. ومثاله عند المالكية أيضا لو أخذ شاتين من خليطين لأحدهما مائة، وللآخر خمسة وعشرون، فعلى الأول أربعة أخماس الشاتين، وعلى الآخر خمسهما، لأن أخذ الساعي ينزل منزلة حكم الحاكم، لأنه نائب الإمام ففعله كفعله.

وإن كان غير متأول، أو كان متأولا ولا وجه لتأوله، فلا تراجع، وهي مصيبة حلت بمن أخذت منه، إذ المظلوم ليس له أن يرجع بمظلمته على غيره.

مثال ذلك، أن يكون لكل من الخليطين ثلاثون شاة، فيأخذ الساعي من مال أحدهما شاتين، فيرجع على الآخر بنصف إحدى

---

(١) شرح المنهاج وحاشية القليوبي ٢/ ١٢، والفروع ٢/ ٣٩٩، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١/ ٤٤٠

(١) حاشية الدسوقي ١/ ٤٤١

الشاتين لا غير، أما الأخرى فقد ذهبت من مال من أخذت منه، لأنها إما أن يكون الساعي أخذها وهو يعلم أن ليس له أخذها، فتكون غصبا، وإما أن يكون يرى أن أخذها حق شرعا، فيكون أخذها جهلا محضا لا عبرة به ولا ينزل منزلة حكم الحاكم، إذ حكم الحاكم بخلاف الإجماع ينقض.(١)

وكذا إن أخذ الساعي سنا أكبر من الواجب يرجع المأخوذ منه على خليطه بقيمة حصته من السن الواجبة، كما لو أخذ جذعة عن ثلاثين من الإبل بين اثنين، يرجع المأخوذ منه بقيمة نصف بنت مخاض لأن الزيادة ظلم.(٢)



(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ١/ ٤٤١، ٤٤٢، والمغني ٢/ ٦١٥، والفروع ٢/ ٤٠٢

(٢) الفروع ٢/ ٣٩٩

خلع

التعريف:

١ - الخلع (بالفتح) لغة هو النزع والتجريد، والخلع (بالضم) اسم من الخلع.(١)

وأما الخلع عند الفقهاء فقد عرّفوه بألفاظ مختلفة تبعا لاختلاف مذاهبهم في كونه طلاقا أو فسخا، فالحنفية يعرّفونه بأنه عبارة عن: أخذ مال من المرأة بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع.(٢)

وتعريفه عند الجمهور في الجملة هو: فرقة بعوض مقصود لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع.(٣)

(١) الصحاح، القاموس، اللسان، المصباح مادة: «خلع».

(٢) الاختيار ٣/ ١٥٦، ط المعرفة، فتح القدير مع العناية ٣/ ١٩٩، ط بولاق، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢/ ٥٥٦ - ٥٥٧، ط الأميرية، تبيين الحقائق ٢/ ٢٦٧ - ط الأميرية.

(٣) جواهر الإكليل ١/ ٣٣٠ - ط المعرفة، حاشية الدسوقي ٢/ ٣٤٧ - ط الفكر، الزرقاني ٤/ ٦٤ - ط الفكر، حاشية البناني على الزرقاني ٤/ ٦٣ - ط الفكر، أسهل المدارك ٢/ ١٥٧ - ط الثانية، حاشية القليوبي ٣/ ٣٠٧ - ط الحلبي، روضة الطالبين ٧/ ٣٧٤ - ط المكتب الإسلامي، كشاف القناع ٥/ ٢١٢ - ط النصر، الإنصاف ٨/ ٣٨٢ - ط التراث.

الألفاظ ذات الصلة :

أ - الصلح :

٢ - الصلح في اللغة اسم من المصالحة وهي التوفيق والمسالمة بعد المنازعة، ومعناه في الشرع عقد يرفع النزاع، والصلح من الألفاظ التي يؤول إليها معنى الخلع الذي هو بذل المرأة العوض على طلاقها، والخلع يطلق غالبا على حالة بذلها له جميع ما أعطاها، والصلح على حالة بذلها بعضه .[1]

ب - الطلاق :

٣ - الطلاق من ألفاظ الخلع عند الشافعية والحنابلة كما سيأتي، ومعناه في اللغة اسم بمعنى التطليق، كالسلام بمعنى التسليم وتركيب هذا اللفظ يدل على الحل والانحلال، ومنه إطلاق الأسير إذا حل إساره وخلي عنه .

وأما في الشرع فمعناه : رفع قيد النكاح من أهله في محله، وأما صلته بالخلع، سوى ما ذكر فهي أن الفقهاء اختلفوا في الخلع هل هو طلاق بائن، أو رجعي، أو فسخ، على أقوال سيأتي تفصيلها .[2]

والطلاق على مال هو في أحكامه كالخلع عند الحنفية، لأن كل واحد منهما طلاق بعوض فيعتبر في أحدهما ما يعتبر في الآخر إلا أنهما يختلفان من ثلاثة أوجه :

أحدها : يسقط بالخلع في رأي أبي حنيفة كل الحقوق الواجبة لأحد الزوجين على الآخر بسبب الزواج، كالمهر، والنفقة الماضية المتجمدة أثناء الزواج، لكن لا تسقط نفقة العدة لأنها لم تكن واجبة قبل الخلع فلا يتصور إسقاطها به، بخلاف الطلاق على مال فإنه لا يسقط به شيء من حقوق الزوجين، ويجب به المال المتفق عليه فقط .

الثاني : إذا بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج، والفرقة بائنة، بخلاف الطلاق فإن العوض إذا بطل فيه وقع رجعيا في غير الطلقة الثالثة، لأن الخلع كناية، أما الطلاق على مال فهو صريح، والبينونة إنما تثبت بتسمية العوض إذا صحت التسمية، فإذا لم تصح التحقت بالعدم فبقي صريح الطلاق فيكون رجعيا .

الثالث : الطلاق على مال، طلاق بائن، ينقص به عدد الطلقات بلا خلاف، وأما الخلع فالفقهاء مختلفون في كونه طلاقا ينقص به عدد

---

(١) المصباح مادة : «صلح»، التعريفات للجرجاني/ ١٧٦ - ط العربي، بداية المجتهد ٢/ ٥٧ - ط التجارية الكبرى.

(٢) المغرب/ ٢٩٢ - ط العربي، والصحاح والمصباح مادة : «طلق»، البناية في شرح الهداية ٤/ ٣٦٨ - ط الفكر، التعريفات للجرجاني/ ١٨٣ - ط العربي، حاشية القليوبي ٣/ ٣٢٣ - ط الحلبي، كشاف القناع ٥/ ٢٣٢ - ط النصر.

الطلقات، أو فسخا لا ينقص به عددها[١] كما سيأتي.

ج ـ الفدية:

٤ ـ الفدية في اللغة اسم للمال الذي يدفع لاستنقاذ الأسير، وجمعها فدى وفديات، وفاديته مفاداة، وفداء أطلقته وأخذت فديته. وفدت المرأة نفسها من زوجها تفدي، وافتدت أعطته ما لا حتى تخلصت منه بالطلاق، والفقهاء لا يخرجون في تعريفهم للفدية عما ورد في اللغة. والفدية والخلع معناهما واحد، وهو بذل المرأة العوض على طلاقها، ولفظ المفاداة من الألفاظ الصريحة في الخلع عند الشافعية وعند الحنابلة لوروده في القرآن.[٢]

د ـ الفسخ:

٥ ـ الفسخ مصدر فسخ ومن معانيه في اللغة الإزالة، والرفع، والنقض، والتفريق.

وأما عند الفقهاء فقد ذكر السيوطي وابن نجيم أن حقيقة الفسخ حل ارتباط العقد، وذكر الزركشي أن الفسخ قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه، والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين إلى دافعه، وصلة الفسخ بالخلع هي أن الخلع فسخ على قول.[١] والفسخ من الألفاظ الصريحة في الخلع عند الحنابلة.

هـ ـ المبارأة:

٦ ـ المبارأة صيغة مفاعلة تقتضي المشاركة في البراءة، وهي في الاصطلاح اسم من أسماء الخلع والمعنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها لكنها تختص بإسقاط المرأة عن الزوج حقا لها عليه.[٢] وهي عند أبي حنيفة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية دون المستقبلة، لأن الخلع ينبىء عن الفصل، ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه. وقال محمد: لا يسقط بهما إلا ما سمياه لأن هذه معاوضة، وفي المعاوضات

(١) بدائع الصنائع ٣/ ١٥٢ ط الجمالية، تبيين الحقائق ٢/ ٢٦٨ ـ ط بولاق، الاختيار ٣/ ١٥٧ ـ ط المعرفة، فتح القدير ٣/ ٢٠٥ ـ ط الأميرية، حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦١ ـ ط المصرية ببولاق.

(٢) المصباح مادة: «فدى»، بداية المجتهد ٢/ ٥٧ ـ ط التجارية الكبرى، ومغني المحتاج ٣/ ٢٦٨ ـ ط التراث، المغني ٧/ ٥٧ ـ ط الرياض.

(١) المصباح مادة: «فسخ»، الأشباه والنظائر للسيوطي / ٢٨٧ ـ ط العلمية، الأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٣٨ ـ ط الهلال، المنثور ٣/ ٤٢ ـ ط الأولى، الفروق للقرافي ٣/ ٢٦٩، المغني ٧/ ٥٧ ـ ط الرياض.

(٢) طلبة الطلبة/ ١٢٦ ـ ط القلم، والموسوعة الفقهية ١/ ١٤٣ ـ ط الموسوعة.

يعتبر المشروط لا غيره، وأما أبو يوسف فقد وافق محمدا في الخلع وخالفه في المبارأة، وخالف أبا حنيفة في الخلع، ووافقه في المبارأة، لأن المبارأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين، وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض، أما الخلع فمقتضاه الانخلاع، وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام.[(١)]

حقيقة الخلع :

٧ ـ لا خلاف بين الفقهاء في أن الخلع إذا وقع بلفظ الطلاق أو نوي به الطلاق فهو طلاق وإنما الخلاف بينهم في وقوعه بغير لفظ الطلاق ولم ينو به صريح الطلاق أو كنايته. فذهب الحنفية في المفتى به والمالكية والشافعي في الجديد والحنابلة في رواية عن أحمد إلى أن الخلع طلاق. وذهب الشافعي في القديم والحنابلة في أشهر ما يروى عن أحمد إلى أنه فسخ.[(٢)]

هذا والقائلون بأن الخلع طلاق متفقون على أن الذي يقع به طلقة بائنة،[(١)] لأن الزوج ملك البدل عليها فتصير هي بمقابلته أملك لنفسها، ولأن غرضها من التزام البدل أن تتخلص من الزوج ولا يحصل ذلك إلا بوقوع البينونة. إلا أن الحنفية ذكروا أن الزوج إن نوى بالخلع ثلاث تطليقات فهي ثلاث، لأنه بمنزلة ألفاظ الكناية، وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة عند غير زفر، وعنده ثنتان، كما في لفظ الحرمة والبينونة وبه قال مالك.[(٢)]

والخلاف في هذه المسألة إنما يكون بعد تمام الخلع لا قبله، وسبب الخلاف في كون الخلع طلاقا أو فسخا، أن اقتران العوض فيه هل يخرجه من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ، أو لا يخرجه.[(٣)]

احتج القائلون بأن الخلع فسخ بأن ابن

---

(١) فتح القدير مع العناية ٣/ ٢١٥ ـ ٢١٦ ـ ط الأميرية، تبيين الحقائق ٢/ ٢٧٢ ـ ط بولاق، الاختيار ٣/ ١٦٠ ـ ط المعرفة.

(٢) المبسوط ٦/ ١٧١ ـ ط السعادة، البناية ٤/ ٦٥٨ ـ ط الفكر، تبيين الحقائق ٢/ ٢٦٨ ـ ط بولاق، بداية المجتهد ٢/ ٥٩ ـ ط التجارية، مواهب الجليل ٤/ ١٩ ـ ط النجاح، الخرشي ٤/ ١٢ ـ ط بولاق، شرح الرسالة مع حاشية العدوي ٢/ ١٠٣ ـ ط المعرفة، روضة الطالبين ٧/ ٣٧٥ ـ ط المكتب الإسلامي، الكافي ٣/ ١٤٥ ـ ط =

= المكتب الإسلامي، كشاف القناع ٥/ ٢١٦ ـ ط النصر، المغني ٧/ ٥٦ ـ ط الرياض، الإنصاف ٨/ ٣٩٢ ـ ٣٩٣ ـ ط التراث.

(١) ذكر ابن حزم في المحلى أنه طلاق رجعي إلا أن يطلقها ثلاثا أو آخر ثلاث أو تكون غير موطوءة فإن راجعها في العدة جاز ذلك أحبت أم كرهت ويرد ما أخذ منها إليها المحلى ١٠/ ٢٣٥، سنة ١٩٧٨ ـ ط المنيرية.

(٢) المبسوط ٦/ ١٧٢ ـ ط السعادة، تفسير القرطبي ٣/ ١٤٣ ـ ط الثانية.

(٣) تبيين الحقائق ٢/ ٢٦٨ ـ ط بولاق، بداية المجتهد ٢/ ٦٠ ـ ط التجارية الكبرى.

عباس رضي الله عنهما: احتج بقوله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ ثم قال: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ ثم قال: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾ ،[1] فذكر تطليقتين، والخلع، وتطليقة بعدها، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا، ولأنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخا كسائر الفسوخ.

واحتجوا أيضا بما رواه أبو داود والترمذي عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي ﷺ أن تعتد بحيضة».[2]

وبما رواه الترمذي عن الربيع بنت معوذ رضي الله عنها «أنها اختلعت على عهد رسول الله ﷺ فأمرها النبي ﷺ، أو أمرت أن تعتد بحيضة».[3]

ووجه الاستدلال بهذين الحديثين أن الخلع لو كان طلاقا لم يقتصر ﷺ على الأمر بحيضة.[1]

واحتج القائلون بأن الخلع طلاق بأنه لفظ لا يملكه إلا الزوج فكان طلاقا، ولو كان فسخا لما جاز على غير الصداق كالإقالة، لكن الجمهور على جوازه بما قل وكثر فدل على أنه طلاق، ولأن المرأة إنما بذلت العوض للفرقة، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ، فوجب أن يكون طلاقا، ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصدا فراقها، فكان طلاقا كغير الخلع من كنايات الطلاق.

واحتجوا أيضا بما روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم موقوفا عليهم: الخلع تطليقة بائنة، والمعنى فيه كما في المبسوط أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه.

والخلع يكون بعد تمام العقد فيجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع العقد في الحال مجازا، وذلك إنما يكون بالطلاق، وأما الآية فقد ذكر الله تعالى التطليقة الثالثة بعوض وبغير عوض، وبهذا لا يصير الطلاق أربعا، وأما ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما من خلاف في هذه المسألة فقد ثبت رجوعه عنه.[2]

---

(١) سورة البقرة/ ٢٢٩ - ٢٣٠

(٢) حديث ابن عباس: «أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها». أخرجه أبو داود (٢/ ٦٦٩ - ٦٧٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والترمذي (٣/ ٤٨٢ - ط الحلبي). وقال: «حديث حسن».

(٣) حديث الربيع بنت معوذ أنها اختلعت على عهد رسول الله ﷺ أخرجه الترمذي (٣/ ٤٨٢ - ط الحلبي). وإسناده صحيح.

---

(١) نيل الأوطار ٧/ ٣٥، ٣٨ - ط الجيل، تبيين الحقائق ٢/ ٢٦٨ - ط بولاق، تفسير القرطبي ٣/ ١٤٣ - ١٤٤ - ط الثانية، المغني ٧/ ٥٧ - ط الرياض.

(٢) المبسوط ٦/ ١٧١ - ١٧٢ - ط السعادة، تبيين الحقائق =

ويتفرع على كون الخلع طلاقا أنه إن نوى بالخلع أكثر من تطليقة عند المالكية والشافعية والحنابلة وزفر يقع ما نواه.

وعند الحنفية إن نوى ثلاث تطليقات فهي ثلاث، لأنه بمنزلة ألفاظ الكناية، وإن نوى اثنتين فهي واحدة بائنة عند غير زفر من الحنفية، لأن الخلع معناه الحرمة، وهي لا تحتمل التعدد لكن نية الثلاث تدل على تغليظ الحرمة فتعتبر بينونة كبرى.

ويتفرع على كونه فسخا أنه لو خالعها مرتين ثم خالعها مرة أخرى، أو خالعها بعد طلقتين فله أن يتزوجها حتى وإن خالعها مائة مرة، لأن الخلع على هذا القول لا يحتسب من الطلقات.(١)

واختلف الشافعية فيما إذا نوى بالخلع الطلاق مع تفريعهم على أنه فسخ هل يقع الطلاق أو لا؟ فيه وجهان.(٢)

٨ ـ واختلف الفقهاء في كون الخلع معاوضة من جانب الزوجة دون الزوج، أو منهما معا، وفي كونه يمينا من جانب الزوج دون الزوجة أو منهما معا، فذهب أبو حنيفة إلى أن الخلع من جانب الزوجة معاوضة، ومن جانب الزوج يمين وذهب الصاحبان إلى أنه يمين من الجانبين، ويترتب على كون الخلع يمينا من جانب الزوج أنه لا يصح رجوعه عنه قبل قبولها، ولا يصح شرط الخيار له، ولا يقتصر على مجلس الزوج، فلا يبطل بقيامه، ويقتصر قبولها على مجلس علمها، ويترتب على كونه معاوضة من جانبها صحة رجوعها قبل قبوله، وصح شرط الخيار لها ولو أكثر من ثلاثة أيام، ويقتصر على المجلس كالبيع، ويشترط في قبولها علمها بمعناه، لأنه معاوضة بخلاف الطلاق والعتاق.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الخلع معاوضة من الجانبين، إلا أن الشافعية ذكروا أن المعاوضة على القول بأن الخلع طلاق معاوضة فيها شوب تعليق لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول المال، وأما على القول بأنه فسخ فهي معاوضة محضة لا مدخل للتعليق فيها، فيكون الخلع في هذه الحالة كابتداء البيع، وللزوج الرجوع قبل قبول الزوجة، لأن هذا شأن المعاوضات.

وصرح الحنابلة أن العوض في الخلع كالعوض في الصداق، والبيع إن كان مكيلا أو موزونا لم يدخل في ضمان الزوج، ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه، وإن كان غيرهما دخل

= ٢/ ٢٦٨ ـ ط بولاق، المغني ٧/ ٥٧ ـ ط الرياض، فتح الباري ٤/ ٣٩٦ ـ ط الرياض.

(١) المبسوط ٦/ ١٧٢ ـ ط السعادة، تفسير القرطبي ٣/ ١٤٣ ـ ط الثانية، روضة الطالبين ٧/ ٣٧٥ ـ ط المكتب الإسلامي، المغني ٧/ ٥٧ ـ ط الرياض.

(٢) الروضة ٧/ ٣٧٥

في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه .[١]

الحكم التكليفي :

٩ ـ الخلع جائز في الجملة سواء في حالة الوفاق والشقاق خلافا لابن المنذر.

وقال الشافعية : يصح الخلع في حالتي الشقاق والوفاق ، ثم لا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق ، أو كانت تكره صحبته لسوء خلقه ، أو دينه ، أو تحرجت من الإخلال ببعض حقوقه ، أو ضربها تأديبا فافتدت ، وألحق الشيخ أبو حامد به ما إذا منعها نفقة أو غيرها فافتدت لتتخلص منه ، قال القليوبي : فإن منعها النفقة لكي تختلع منه فهو من الإكراه فتبين منه بلا مال إذا ثبت الإكراه ، قال الرملي : والمعتمد أنه ليس بإكراه . وجاء في مغني المحتاج استثناء حالتين من الكراهة : إحداهما أن يخافا أو أحدهما أن لا يقيما حدود الله أي ما افترضه في النكاح .

والثانية : أن يحلف بالطلاق الثلاث على فعل شيء لابد له منه كالأكل والشرب وقضاء الحاجة ، فيخلعها ، ثم يفعل الأمر المحلوف عليه ، ثم يتزوجها فلا يحنث لانحلال اليمين بالفعلة الأولى ، إذ لا يتناول إلا الفعلة الأولى وقد حصلت ، فإن خالعها ولم يفعل المحلوف عليه ففيه قولان : أصحهما : أنه يتخلص من الحنث فإذا فعل المحلوف عليه بعد النكاح لم يحنث ، لأنه تعليق سبق هذا النكاح فلم يؤثر فيه ، كما إذا علق الطلاق قبل النكاح على صفة وجدت بعده .[١]

والخلاف في كون الخلع جائزا أو مكروها إنما هو من حيث المعاوضة على العصمة ، كما في حاشية الصاوي ، وأما من حيث كونه طلاقا فهو مكروه بالنظر لأصله أو خلاف الأولى ، لقوله عليه الصلاة والسلام : «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» .[٢]

واستدلوا بالكتاب والسنة وإجماع الأمة ، أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿فلا جناح عليهما فيما

(١) العناية بهامش فتح القدير ٣/ ١٩٩ ـ ط بولاق ، حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٥٨ ـ ٥٥٩ ط المصرية ، الشرح الصغير بحاشية الصاوي ٢/ ٥١٨ ـ ط المعارف ، مغني المحتاج ٢/ ٢٦٩ ـ ط التراث العربي ، المغني ٧/ ٦٦ ـ ط الرياض .

(١) تبيين الحقائق ٢/ ٢٦٧ ـ ط بولاق ، الشرح الصغير بحاشية الصاوي ٢/ ٥١٧ ـ ٥١٨ ط المعارف ، الدسوقي ٢/ ٣٤٧ ـ ط الفكر ، حاشية العدوي على الرسالة ٢/ ١٠٢ ـ ١٠٣ ـ ط المعرفة ، الخرشي ٤/ ١٢ ـ ط بولاق ، القوانين الفقهية/ ٢٣٣ ـ ط العربي ، القليوبي ٣/ ٣٠٨ ، نهاية المحتاج ٦/ ٣٨٦ ، روضة الطالبين ٧/ ٣٧٤ ط المكتب الإسلامي ، مغني المحتاج ٣/ ٢٦٢ ـ ط التراث .

(٢) حديث : «أبغض الحلال إلى الله الطلاق» . أخرجه أبو داود (٢/ ٦٣١ ـ ٦٣٢ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث عبدالله بن عمر ، وصوب أبو حاتم الرازي في «العلل» (١/ ٤٣١ ـ ط السلفية) إرساله .

افتدت به﴾ ،[١] وقوله تعالى : ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا﴾ .[٢]

وأما السنة فما رواه البخاري في امرأة ثابت بن قيس بقوله ﷺ له : «أقبل الحديقة وطلقها تطليقة»[٣] وهو أول خلع وقع في الإسلام .[٤]

وأما الإجماع فهو إجماع الصحابة والأمة على مشروعيته وجوازه .

واستدلوا من المعقول بأن ملك النكاح حق الزوج فجاز له أخذ العوض عنه كالقصاص .[٥]

---

(١) سورة البقرة/ ٢٢٩

(٢) سورة النساء/ ٤

(٣) حديث : «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» . أخرجه البخاري (الفتح ٩/ ٣٩٥ - ط السلفية) من حديث عبدالله بن عباس .

(٤) ذكر الحافظ في الفتح عن أبي بكر بن دريد في أماليه أن أول خلع كان في الدنيا الخلع الذي وقع بين عامر بن الحارث بن الظرب وابنة عمه ، فتح الباري ٩/ ٣٩٥ ، ٣٩٨ - ط الرياض ، نيل الأوطار ٧/ ٣٦ - ٣٧ - ط الجيل ، السنن الكبرى للبيهقي ٧/ ٣١٣ - ٣١٤ ط الأولى .

(٥) تبيين الحقائق ٢/ ٢٦٧ - ط بولاق ، بداية المجتهد ٢/ ٥٧ - ط التجارية ، مغني المحتاج ٣/ ٢٦٢ - ط التراث ، حاشية القليوبي ٣/ ٣٠٧ - ط الحلبي ، نهاية المحتاج ٦/ ٣٨٦ - ط المكتبة الإسلامية ، تحفة المحتاج ٧/ ٤٥٧ - ط صادر ، بجيرمي على الخطيب ٣/ ٤١١ - ٤١٢ - ط المعرفة ، فتح الباري ٩/ ٣٩٥ - ط الرياض ، نيل الأوطار ٧/ ٣٤ - ط الجيل .

١٠ - وأما الحنابلة فقد ذكروا أن الخلع على ثلاثة أضرب :

الأول : مباح وهو أن تكره المرأة البقاء مع زوجها لبغضها إياه ، وتخاف ألا تؤدي حقه ، ولا تقيم حدود الله في طاعته ، فلها أن تفتدي نفسها منه لقوله تعالى : ﴿ فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[١] ويسن للزوج إجابتها ، لما رواه البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : «جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ فقالت يارسول الله : ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر فقال رسول الله ﷺ : فتردي عليه حديقته فقالت : نعم . فردت عليه ، وأمره ففارقها»[٢] ولأن حاجتها داعية إلى فرقته ، ولا تصل إلى الفرقة إلا ببذل العوض فأبيح لها ذلك ، ويستثنى من ذلك ما لو كان الزوج له إليها ميل ومحبة فحينئذ يستحب صبرها وعدم افتدائها ، قال أحمد : ينبغي لها أن تصبر . قال القاضي : أي على سبيل الاستحباب ، ولا كراهة في ذلك ، لنصهم على جوازه في غير موضع .

الثاني : مكروه : كما إذا خالعته من غير سبب مع استقامة الحال لحديث ثوبان أن النبي ﷺ

---

(١) سورة البقرة/ ٢٢٩

(٢) حديث عبدالله بن عباس : «جاءت امرأة ثابت بن قيس» أخرجه البخاري (الفتح ٩/ ٣٩٥ - ط السلفية) .

قال: «أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة»[١] ولأنه عبث فيكون مكروها، ويقع الخلع، لقوله تعالى: ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا﴾[٢] ويحتمل كلام أحمد تحريمه وبطلانه، لأنه قال الخلع مثل حديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا الخلع[٣] ووجه ذلك قوله تعالى: ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله﴾.[٤]

الثالث: محرم: كما إذا عضل الرجل زوجته بأذاه لها ومنعها حقها ظلما لتفتدي نفسها منه لقوله تعالى: ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن﴾[٥] فإن طلقها في هذه الحال بعوض لم يستحقه، لأنه عوض أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحقه ويقع الطلاق رجعيا.

وإن خالعها بغير لفظ الطلاق فعلى القول

(١) حديث ثوبان: «أيما امرأة سألت زوجها طلاقا في غير ما...» أخرجه أبو داود (٢/ ٦٦٧ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم (٢/ ٢٠٠ - ط دائرة المعارف العثمانية)، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، واللفظ لأبي داود.
(٢) سورة النساء/ ٤
(٣) الكافي ٣/ ١٤١ - ١٤٢ - ط المكتب الإسلامي، كشاف القناع ٥/ ٢١٢ - ٢١٣ - ط النصر، الإنصاف ٨/ ٣٨٢ - ط التراث، المغني ٧/ ٥١ - ٥٤ - ط الرياض.
(٤) سورة البقرة/ ٢٢٩
(٥) سورة النساء/ ١٩

بأنه طلاق فحكمه ما ذكر، وإلا فالزوجية بحالها، فإن أدبها لتركها فرضا أو نشوزها فخالعته لذلك لم يحرم، لأنه ضربها بحق، وإن زنت فعضلها لتفتدي نفسها منه جاز وصح الخلع لقول الله تعالى: ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾[١] والاستثناء من النهي إباحة. وإن ضربها ظلما لغير قصد أخذ شيء منها فخالعته لذلك صح الخلع، لأنه لم يعضلها ليأخذ مما آتاها شيئا.[٢]

وذكر الحنابلة أيضا أن الخلع يحرم حيلة لإسقاط يمين طلاق، ولا يصح ولا يقع، لأن الحيل خداع لا تحل ما حرم الله.[٣]

هذا واختار ابن المنذر عدم جواز الخلع حتى يقع الشقاق منهما جميعا وتمسك بظاهر قوله تعالى: ﴿إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله﴾.[٤] وبذلك قال طاوس والشعبي وجماعة من التابعين. وأجاب عن ذلك جماعة منهم الطبري بأن المراد أنها إذا لم تقم بحقوق الزوج كان ذلك مقتضيا لبغض الزوج لها فنسبت المخافة إليهما لذلك، ويؤيد عدم اعتبار ذلك من جهة الزوج

(١) سورة النساء/ ١٩
(٢) الكافي ٣/ ١٤٣ - ط المكتب الإسلامي، كشاف القناع ٥/ ٢١٣ - ط النصر، الإنصاف ٨/ ٣٨٣ - ٣٨٥ - ط التراث، المغني ٧/ ٥٤ - ٥٦ - ط الرياض.
(٣) كشاف القناع ٥/ ٢٣١ - ط النصر.
(٤) سورة البقرة/ ٢٢٩

أنه ﷺ لم يستفسر ثابتا عن كراهته لها عند إعلانها بالكراهة له، على أن ذكر الخوف في الآية جرى على الغالب، لأن الغالب وقوع الخلع في حالة التشاجر، ولأنه إذا جاز حالة الخوف وهي مضطرة إلى بذل المال ففي حالة الرضا أولى. (١)

١١ - وصرح المالكية - على الأصح عندهم - بأنها إذا خالعته درءا لضرره فإن الزوج يرد المال الذي خالعها به، ولو كانت قد أسقطت البينة التي أشهدتها بأنها خالعته لدرء ضرره.

جواز أخذ العوض من المرأة:

١٢ - ذهب المالكية والشافعية إلى جواز أخذ الزوج عوضا من امرأته في مقابل فراقه لها سواء كان العوض مساويا لما أعطاها أو أقل أو أكثر منه ما دام الطرفان قد تراضيا على ذلك، وسواء كان العوض منها أو من غيرها، وسواء كان العوض نفس الصداق أو مالا آخر غيره أكثر أو أقل منه. (٢)

وذهب الحنابلة إلى أن الزوج لا يستحب له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها بل يحرم عليه الأخذ إن عضلها ليضطرها إلى الفداء. (٣)

وفصّل الحنفية فقالوا: إن كان النشوز من جهة الزوج كره له كراهة تحريم أخذ شيء منها، لقوله تعالى: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا﴾. (١) ولأنه أوحشها بالفراق فلا يزيد إيحاشها بأخذ المال، وإن كان النشوز من قبل المرأة لا يكره له الأخذ، وهذا بإطلاقه يتناول القليل والكثير، وإن كان أكثر مما أعطاها وهو المذكور في الجامع الصغير، لقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾. (٢) وقال القدوري: إن كان النشوز منها كره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وهو المذكور في الأصل (من كتب ظاهر الرواية) لقوله ﷺ في امرأة ثابت بن قيس: «أما الزيادة فلا». (٣) وقد كان النشوز منها، ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء، وكذلك إذا أخذ والنشوز منه، لأن مقتضى ما ذكر يتناول الجواز والإباحة، وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض، فبقي معمولا في الباقي. (٤)

---

(١) فتح الباري ٩/ ٤٠١ - ط الرياض، نيل الأوطار ٧/ ٣٨ - ط الجيل، مغني المحتاج ٣/ ٢٦٢ - ط التراث، روضة الطالبين ٧/ ٣٧٤ - ط المكتب الإسلامي.

(٢) الدسوقي ٢/ ٣٥٦

(٣) الشرح الصغير بحاشية الصاوي ٢/ ٥١٧ - ٥١٨ - ط = المعارف، روضة الطالبين ٧/ ٣٧٤ - ط المكتب الإسلامي، المغني ٧/ ٥٢ - الرياض.

(١) سورة النساء/ ٢٠

(٢) سورة البقرة/ ٢٢٩

(٣) حديث: قوله ﷺ: «في امرأة ثابت...» سبق تخريجه ف/ ٩

(٤) تبيين الحقائق ٢/ ٢٦٩ - ط بولاق، البحر الرائق ٤/ ٨٣ - ط الأولى العلمية، فتح القدير ٣/ ٢٠٣ - ٢٠٤ - ط الأميرية.

جوازه بحاكم وبلا حاكم :

١٣ - ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الخلع بحاكم وبلا حاكم، وهو قول عمر رضي الله عنه، فقد روى ابن أبي شيبة عن طريق خيثمة بن عبد الرحمن موصولا «أن بشر بن مروان أُتي في خلع كان بين رجل وامرأة فلم يجزه فقال له عبدالله بن شهاب الخولاني: قد أتي عمر في خلع فأجازه»[1] ولأن الطلاق من حيث النظر جائز بلا حاكم فكذلك الخلع.

وذهب الحسن البصري كما ذكر الحافظ في الفتح إلى عدم جواز الخلع دون السلطان بدليل قوله تعالى: ﴿فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله﴾،[2] وقوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها﴾.[3] قال: فجعل الخوف لغير الزوجين ولم يقل فإن خافا.

وقت الخلع :

١٤ - صرح الشافعية والحنابلة أن الخلع جائز في الحيض والطهر الذي أصابها فيه، لأن المنع من الطلاق في الحيض للضرر الذي يلحقها بتطويل العدة، والخلع شرع لرفع الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والتقصير في حق الزوج، والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة، فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما، ولذلك لم يسأل النبي ﷺ المختلعة عن حالها، ولأن ضرر تطويل العدة عليها والخلع يحصل بسؤالها فيكون ذلك رضاء منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه.[1]

أركانه وما قاله الفقهاء في شروطها :

١٥ - للخلع عند غير الحنفية خمسة أركان وهي: الموجب - القابل - المعوض - العوض - الصيغة.

فالموجب: الزوج أو وليه، والقابل: الملتزم للعوض، والمعوض: الاستمتاع بالزوجة، والعوض: الشيء المخالع به، والصيغة، الإيجاب والقبول والألفاظ التي يقع بها الخلع.

وأما الحنفية فقد ذكروا له ركنين إن كان بعوض وهما: الإيجاب والقبول،[2] لأنه عقد

---

(١) فتح الباري ٩/ ٣٩٦ - ٣٩٧ - ط الرياض، المبسوط ٦/ ١٧٣ - ط السعادة، الدسوقي ٢/ ٣٤٧ - ط الفكر، الكافي ٣/ ١٤٤ - ط المكتب الإسلامي، كشاف القناع ٥/ ٢١٣ - ط النصر، المغني ٧/ ٥٢ - ط الرياض، المهذب ٢/ ٧٢ - ط الحلبي، بدائع الصنائع ٣/ ١٤٥ - ط الجمالية.

(٢) سورة البقرة/ ٢٢٩

(٣) سورة النساء/ ٣٥

(١) المهذب ٢/ ٧٢ - ط الحلبي، المغني ٧/ ٥٢ - ط الرياض، كشاف القناع ٥/ ٢١٣ - ط النصر.

(٢) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٥١٧ - ط المعارف، مغني المحتاج ٣/ ٢٦٣ - ط التراث، بجيرمي على الخطيب ٣/ ٤١٢ - ط المعرفة، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٣ - ٣٩٥ - ط المكتب الإسلامي، حاشية =

على الطلاق بعوض، فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول، بخلاف الخلع بغير عوض فإنه إذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى الطلاق فإنه يقع الطلاق عليها، سواء قبلت أو لم تقبل، لأن ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر إلى القبول، وقد ذكر الفقهاء لكل ركن من هذه الأركان شروطا وأحكاما نذكرها فيما يلي:

الركن الأول : الموجب :

١٦ - اتفق الفقهاء على أنه يشترط في الموجب أن يكون ممن يملك التطليق . (١) وتفصيل ذلك في مصطلح : (طلاق).

فالمالكية والشافعية والحنابلة يجيزون خلع المحجور عليه لفلس، أو سفه، أو رق قياسا على الطلاق، لأنهم يملكونه، وجاز عند الحنابلة أيضا خلع الصبي المميز في وجه بناء على صحة طلاقه، وذكر الشافعية والحنابلة أن المختلع لا يجوز له تسليم المال إلى السفيه بل يسلمه إلى الولي، لأن الولي هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه خلافا للقاضي من الحنابلة حيث قال: يصح قبضه لعوض لصحة خلعه فيصح قبضه، كالمحجور عليه لفلس، والأولى كما في المغني عدم جواز تسليم المال إلى المحجور عليه، لأن الحجر أفاد منعه من التصرف. (١)

الركن الثاني : القابل :

١٧ - يشترط في قابل الخلع من الزوجة أو الأجنبي أن يكون مطلق التصرف في المال صحيح الالتزام. فلو خالع امرأته الصغيرة على مهرها فقبلت أو قالت الصغيرة لزوجها اخلعني على مهري ففعل وقع الطلاق بغير بدل، كما ذكر الحنفية والشافعية في وجه، وإن كان باذل العوض غير رشيد رد الزوج المال المبذول وبانت منه، ما لم يعلّق بقوله: إن تم لي هذا المال فأنت

= القليوبي ٣/ ٣٠٧ - ط الحلبي، كشاف القناع ٥/ ٢١٣ - ٢٣١ - ط النصر، بدائع الصنائع ٣/ ١٤٥ - ط الجمالية.

(١) بدائع الصنائع ٣/ ١٤٧ - ط الجمالية، الشرح الكبير ٢/ ٣٥٢ - ط الفكر، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٥٢٦ - ط المعارف، جواهر الإكليل ١/ ٣٣٢ - ط المعرفة، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٣ - ط المكتب الإسلامي، بجيرمي على الخطيب ٣/ ٤١٢ - ط المعرفة، أسنى المطالب ٣/ ٢٤٤ - ط المكتبة الإسلامية، حاشية القليوبي ٣/ ٣٠٧ - ط الحلبي، كشاف القناع ٥/ ٢١٣ - ط النصر، المبدع ٧/ ٢٢٢ - ط المكتب الإسلامي، المغني ٦/ ٨٦ - ٨٧ - ط الرياض.

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٥٢٦ - ٥٢٧ - ط المعارف، جواهر الإكليل ١/ ٣٣٢ - ط المعرفة، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٣ - ط المكتب الإسلامي، حاشية القليوبي ٣/ ٣٠٧ - ٣٠٨ ط الحلبي، أسنى المطالب ٣/ ٢٤٤ - ٢٤٥ - ط المكتبة الإسلامية، بجيرمي على الخطيب ٣/ ٤١٢ - ط المعرفة، المغني ٧/ ٨٧ ط الرياض.

طالق، أو إن صحت براءتك فطالق كما ذكر المالكية، فإذا رد الولي أو الحاكم المال من الزوج في هذه الصورة لم يقع طلاق، بخلاف ما إذا قاله لرشيدة أو رشيد، أو قاله بعد صدور الطلاق فلا ينفعه.

وذكر الحنابلة أن خلع المحجور عليها لصغر أو سفه، أو جنون لا يصح حتى لو أذن فيه الولي، لأنه تصرف في المال وليست من أهله، ولا إذن للولي في التبرعات.

وأما المحجور عليها لفلس فيصح منها الخلع على مال في ذمتها كما ذكر الحنابلة، لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها، وليس له مطالبتها حال حجرها، كما لو استدانت من إنسان في ذمتها أو باعها شيئا بثمن في ذمتها، ويكون ما خالعت عليه دينا في ذمتها، يؤخذ منها إذا انفك عنها الحجر وأيسرت. أما لو خالعت بمعين من مالها فلا يصح لتعلق حق الغرماء به.[1]

---

(١) فتح القدير ٣/ ٢١٨ - ط الأميرية، بدائع الصنائع ٣/ ١٤٧ - ط الجمالية، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٥١٩ - ط المعارف، الخرشي ٤/ ١٢ - ط بولاق، الشرح الكبير ٢/ ٣٤٧ - ٣٤٨ - ط الفكر، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٤ - ٣٨٨ - ط المكتبة الإسلامية، حاشية القليوبي ٣/ ٣٠٨ - ط الحلبي، أسنى المطالب ٣/ ٢٤٥ - ٢٤٧ - ط المكتب الإسلامي، كشاف القناع ٥/ ٢١٤ - ٢١٥ - ط النصر، المبدع ٧/ ٢٢٣ - ٢٢٦ - ط المكتب الإسلامي.

الخلع في مرض الموت أو المرض المخوف:

أ - مرض الزوجة:

١٨ - يجوز للزوجة المريضة مرضا مخوفا أن تخالع زوجها في مرضها باتفاق الفقهاء في الجملة، لأنه معاوضة كالبيع، وإنما الخلاف بينهم في القدر الذي يأخذه الزوج في مقابل ذلك مخافة أن تكون الزوجة راغبة في محاباته على حساب الورثة.

وقد ذكر الحنفية أن خلع المريضة يعتبر من الثلث لأنه تبرع فله الأقل من إرثه، وبدل الخلع إن خرج من الثلث وإلا فالأقل من إرثه، والثلث إن ماتت في العدة، أما لو ماتت بعدها أو قبل الدخول فله البدل إن خرج من الثلث.[1]

وذكر الشافعية أن الخلع إن كان بمهر المثل نفذ دون اعتبار الثلث، وإن كان بأكثر فالزيادة كالوصية للزوج، وتعتبر الزيادة الثلث ولا تكون كالوصية للوارث لخروجه (أي الزوج) بالخلع عن الإرث، ولو اختلعت بجمل قيمته مائة درهم ومهر مثلها خمسون (درهما) فقد حابت بنصف الجمل، فينظر إن خرجت المحاباة من الثلث، فالجمل كله للزوج عوضا ووصية.

---

(١) الدر المختار ٢/ ٥٧٠ - ط الأميرية، بدائع الصنائع ٣/ ١٤٩ - ط الجمالية، البحر الرائق ٤/ ٨١ - ٨٢ - ط الأولى العلمية، الاختيار ٣/ ١٦٠ - ط المعرفة.

وحكى الشيخ أبو حامد وجها أنه بالخيار بين أن يأخذ الجمل، وبين أن يفسخ العقد ويرجع إلى مهر المثل، لأنه دخل في العقد على أن يكون الجمل عوضا. والصحيح الأول، إذ لا نقص ولا تشقيص، وإن لم يخرج من الثلث بأن كان عليها دين مستغرق لم تصح المحاباة، والزوج بالخيار بين أن يمسك نصف الجمل وهو قدر مهر المثل ويرضى بالتشقيص، وبين أن يفسخ المسمى ويضارب الغرماء بمهر المثل، وإن كان لها وصايا أخر، فإن شاء الزوج أخذ نصف الجمل وضارب أصحاب الوصايا في النصف الآخر، وإن شاء فسخ المسمى وتقدم بمهر المثل على أصحاب الوصايا ولا حق له في الوصية، لأنها كانت من ضمن المعاوضة وقد ارتفعت بالفسخ، وإن لم يكن دين، ولا وصية، ولا شيء لها سوى ذلك الجمل فالزوج بالخيار، إن شاء أخذ ثلثي الجمل، نصفه بمهر المثل، وسدسه بالوصية، وإن شاء فسخ، وليس له إلا مهر المثل.(١)

وذكر الحنابلة أن للزوج ما خالعته عليه إن كان قدر ميراثه منها فما دون، وإن كان بزيادة فله الأقل من المسمى في الخلع أو ميراثه منها، لأن ذلك لا تهمة فيه بخلاف الأكثر منها، فإن الخلع إن وقع بأكثر من الميراث تطرقت إليه التهمة من قصد إيصالها إليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه أشبه ما لو أوصت أو أقرت له، وإن وقع بأقل من الميراث فالباقي هو أسقط حقه منه فلم يستحقه، فتعين استحقاقه الأقل منهما، وإن شفيت من مرضها ذاك الذي خالعته فيه فله جميع ما خالعها به كما لو خالعها في الصحة، لأنه ليس من مرض موتها.(١)

وذهب المالكية إلى أنه يجوز خلع الزوجة المريضة مرضا مخوفا إن كان بدل الخلع بقدر إرثه أو أقل لو ماتت ولا يتوارثان قاله ابن القاسم. أما إن زاد بأن كان إرثه منها عشرة وخالعته بخمسة عشر وأولى لو خالعته بجميع مالها فيحرم عليه لإعانته لها على الحرام، وينفذ الطلاق ولا توارث بينهما إن كان الزوج صحيحا ولو ماتت في عدتها.

وقال مالك: إن اختلعت منه في مرضها وهو صحيح بجميع مالها لم يجز ولا يرثها، والظاهر أن قول ابن القاسم لا يخالفه، كما قاله أكثر الأشياخ، ورد الزائد على إرثه منها، واعتبر الزائد على إرثه يوم موتها لا يوم الخلع، وحينئذ فيوقف جميع المال المخالع به إلى يوم الموت، فإن

(١) روضة الطالبين ٧/ ٣٨٧ ـ ط المكتب الإسلامي، أسنى المطالب ٣/ ٢٤٧ ـ ط المكتب الإسلامي.

(١) المبدع ٧/ ٢٤٣ ـ ط المكتب الاسلامي، كشاف القناع ٥/ ٢٢٨ ـ ط النصر، المغني ٧/ ٨٨ ـ ٨٩ ـ ط الرياض.

كان قدر إرثه فأقل، استقل به الزوج، وإن كان أكثر، رد ما زاد على إرثه، فإن صحت من مرضها تم الخلع وأخذ جميع ما خالعته به ولو أتى على جميع مالها، ولا توارث بينهما على كل حال.[١]

ب - مرض الزوج :

١٩ - لا خلاف بين الفقهاء في أن خلع الزوج المريض مرض الموت جائز ونافذ بالمسمى، سواء أكان بمهر المثل أم أقل منه، لأنه لو طلق بغير عوض لصح، فلأن يصح بعوض أولى، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء، ومثل المريض في هذا الحكم من حضر صف القتال، والمحبوس لقتل أو قطع كما ذكر المالكية، وذكروا أيضا أن الإقدام عليه لا يجوز لما فيه من إخراج وارث ولا توارث بينهما سواء أمات في العدة أم بعدها خلافا للمالكية، فإنهم ذكروا أن زوجته المطلقة في المرض ترثه إن مات من مرضه المخوف الذي خالعها فيه، ولو خرجت من العدة وتزوجت غيره ولو أزواجا، أما هو فلا يرثها إن ماتت في مرضه المخوف الذي طلقها فيه ولو كانت هي مريضة أيضا، لأنه الذي أسقط ما كان بيده، وترثه أيضا إذا تبرع أجنبي بخلعها منه في مرضه الذي مات منه وهي في العدة، كما ذكر الحنفية، لأنها لم ترض بهذا الطلاق فيعتبر الزوج فارًا، فلو أوصى الزوج لها بمثل ميراثها أو أقل صح كما ذكر الحنابلة، لأنه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك فإنه لو لم يبنها لأخذته بميراثها، وإن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك، لأنه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في عصمته، فطلقها ليوصل ذلك إليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث.[١]

خلع الولي :

٢٠ - يجوز عند المالكية لولي غير المكلف من صبي أو مجنون أن يخالع عنهما، سواء أكان الولي أبا للزوج أم وصيا أم حاكما أم مقاما من جهته، إذا كان الخلع منه لمصلحة، ولا يجوز لولي الصبي والمجنون عند مالك وابن القاسم أن يطلق عليهما بلا عوض، ونقل ابن عرفة عن اللخمي جوازه لمصلحة، إذ قد يكون في بقاء العصمة فساد لأمر ظهر أو حدث.

---

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٥٢٨ - ٥٢٩ - ط المعارف.

(١) البحر الرائق ٤/ ٨٢ - ط الأولى العلمية، الشرح الكبير ٢/ ٣٥٢ - ٣٥٣ - ط الفكر، جواهر الإكليل ١/ ٣٣٢ - ٣٣٣ - ط المعرفة، الشرح الصغير ٢/ ٥٢٧ - ٥٢٨ - ط المعارف، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٨ - ط المكتب الإسلامي، أسنى المطالب ٣/ ٢٤٨ - ط المكتبة الإسلامية، كشاف القناع ٥/ ٢٢٩ - ط النصر، المبدع ٧/ ٢٤٣ - ٢٤٤ - ط المكتب الإسلامي، المغني ٧/ ٨٩ - ط الرياض.

وأما ولي السفيه فلا يخالع عنه بغير إذنه، لأن الطلاق بيد الزوج المكلف ولو سفيها أو عبدا لا بيد الأب، فأولى غيره من الأولياء كالوصي والحاكم.[1]

والخلع عند الحنابلة يصح ممن يصح طلاقه بالملك، أو الوكالة، أو الولاية كالحاكم في الشقاق.[2]

ولا يجوز للأب أن يخلع زوجة ابنه الصغير أو يطلق عليه بعوض أو بغير عوض عند الحنفية والشافعية وعلى الرواية الأشهر عند الحنابلة[3] لقوله ﷺ: «الطلاق لمن أخذ بالساق».[4]

وذهب أحمد في رواية أيدها القاضي وأصحابه ورجحها صاحب المبدع إلى أن الأب يملك ذلك، لأن ابن عمر رضي الله عنهما طلق على ابن له معتوه، ولأنه يصح أن يزوجه، فصح أن يطلق عليه إذا لم يكن متهما شأنه كالحاكم يفسخ للإعسار ويزوج الصغير.[1]

وأما خلع الأب ابنته الصغيرة فقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة على المذهب إلى أن من خلع ابنته وهي صغيرة بشيء من مالها لم يجز عليها، لأنه لا نظر لها فيه، كما ذكر الحنفية، إذ البضع غير متقوم، والبدل متقوم، بخلاف النكاح، لأن البضع متقوم عند الدخول، ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث، ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال.

ولأنه بذلك يسقط حقها من المهر والنفقة والاستمتاع، وإذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها وللزوج مراجعتها إن كان ذلك بعد الدخول كما في المهذب، وذكر الحنفية في وقوع الطلاق أو عدم وقوعه روايتين منشؤهما قول محمد بن الحسن في الكتاب لم يجز، فإنه يحتمل أن ينصرف إلى الطلاق وأن ينصرف إلى لزوم المال، والصحيح أن الطلاق واقع، وعدم الجواز منصرف إلى المال، نص عليه في المنتقى لأن لسان الأب كلسانها.

وأما المالكية فقد جوزوا خلع المجبر كأب عن المجبرة من مالها ولو بجميع مهرها بغير إذنها، وأما غير المجبر كوصي فليس له أن يخالع

(١) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٥٢٦ - ٥٢٧ - ط المعارف، جواهر الإكليل ١/ ٣٣٢ - ط المعرفة، مواهب الجليل مع التاج والإكليل ٤/ ٢٦ - ط النجاح.

(٢) كشاف القناع ٥/ ٢١٣ - ط النصر.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٨ - ٥٦٩ - ط المصرية، المهذب ٢/ ٧٢ - ط الحلبي، المبدع ٧/ ٢٢٣ - ط المكتب الإسلامي، المغني ٧/ ٨٨ - ط الرياض.

(٤) حديث: «الطلاق لمن أخذ بالساق». أخرجه ابن ماجه (١/ ٦٧٢ - ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عباس، وضعف إسناده البوصيري.

(١) المغني ٧/ ٨٧ - ٨٨ - ط الرياض، المبدع ٧/ ٢٢٣ - ط المكتب الإسلامي.

عمن تحت إيصائه من مالها بغير إذنها، وكذا بإذنها على الأرجح.

وذكر الحنابلة في قول ذكره صاحب المبدع بلفظ قيل: إنه له ذلك إذا رأى الحظ فيه كتخليصها ممن يتلف مالها ويخاف منه على نفسها وعقلها، والأب وغيره في ذلك سواء إذا خالعوا في حق المجنونة والمحجور عليه لسفه أو صغر، وظاهره أنه إذا خالع بشيء من ماله أنه يجوز، صرح به في الشرح وغيره، لأنه يجوز مع الأجنبي، فمن الولي أولى.(١)

خلع الفضولي:

٢١ - للفقهاء في خلع الفضولي اتجاهان:

الأول: جوازه وصحته وهو قول الحنفية لكن بقيد وهو أن يضيف البدل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه، مثل أن يقول: اخلعها بألف علي أو على أني ضامن أو على ألفي هذه، فإن أرسل الخلع بأن قال على ألف أو على هذا الجمل، فإن قبلت لزمها تسليمه، أو قيمته إن عجزت، وإن أضافه إلى غيره كجمل فلان اعتبر قبول فلان.

وهو جائز أيضا عند المالكية سواء قصد الفضولي بذلك جلب مصلحة أو درء مفسدة أو إسقاط نفقتها عن الزوج كما في ظاهر المدونة إلا أن ابن عبدالسلام من المالكية قيد صحته بعدم قصد الفضولي إسقاط نفقة العدة عن الزوج فإن قصد إسقاطها عنه فقد حكي فيه ثلاثة أقوال:

أ - يرد العوض ويقع الطلاق بائنا وتسقط نفقة العدة وهو ظاهر المدونة واقتصر عليه البرزلي.

ب - يرد العوض ويقع الطلاق رجعيا ولا تسقط نفقتها واختاره ابن عبد السلام وابن عرفة.

ج - يقع الطلاق بائنا ولا تسقط النفقة ويجري مثل هذا فيمن قصد دفع العوض ليتزوجها.

وذهب الشافعية أيضا إلى جوازه بناء على أن الخلع طلاق، سواء أكان بلفظ طلاق أم خلع، فخلع الفضولي عندهم بناء على هذا القول كاختلاع الزوجة لفظا وحكما، وذكروا أن الخلع من جانب الزوج ابتداء معاوضة فيها شوب تعليق، ومن جانب الأجنبي ابتداء معاوضة فيها شوب جعالة، فإذا قال الزوج للفضولي طلقت امرأتي على ألف في ذمتك فقبل، أو قال الفضولي للزوج: طلق امرأتك على ألف في ذمتي فأجاب، وقع الطلاق بائنا بالمسمى، وللزوج أن يرجع قبل قبول الفضولي نظرا لشوب التعليق، وللفضولي أن يرجع قبل إجابة الزوج نظرا لشوب الجعالة.

(١) فتح القدير مع العناية ٣/ ٢١٨ - ط الأميرية، تبيين الحقائق ٣/ ٢٧٣ - ٢٧٤ - ط بولاق، البناية ٤/ ٦٨٣ - ٦٨٤ - ط الفكر، الخرشي ٤/ ١٣ - ط بولاق، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٢/ ٥٢٠ - ط المعارف، المهذب ٢/ ٧٢ - ط الحلبي، المبدع ٧/ ٢٢٣ - ط المكتب الإسلامي، الكافي ٣/ ١٤٤ - ط المكتب الإسلامي، المغني ٧/ ٨٣ - ٨٤ - ط الرياض.

وخلع الفضولي جائز أيضا عند أكثر الحنابلة ولا تتوقف صحته على قبول المرأة فيكون التزامه للمال فداء لها، كالتزام المال لعتق السيد عبده، وقد يكون له في ذلك غرض صحيح، كتخليصها ممن يسيء عشرتها ويمنعها حقوقها.

الثاني: عدم الصحة وقد ذهب إلى ذلك أبو ثور ومن قال من الشافعية والحنابلة إن الخلع فسخ، واستدل أبو ثور بأنه يبذل عوضا في مقابلة ما لا منفعة له فيه.

واستدلوا بأن الفسخ بلا سبب لا ينفرد به الزوج فلا يصح طلبه منه.[1]

التوكيل في الخلع :

٢٢ - لا خلاف بين الفقهاء في أن التوكيل في الخلع جائز من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفردا، والضابط فيه أن كل من يصح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله ووكالته ذكرا أو أنثى، مسلما أو كافرا، محجورا عليه أو رشيدا، لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع، فصح أن يكون وكيلا وموكلا فيه. وجاء في البحر الرائق عن محمد بن الحسن أن توكيل الصبي والمعتوه عن البالغ العاقل بالخلع صحيح، وذكر الشافعية أن وكيل المرأة لا يجوز أن يكون سفيها حتى وإن أذن له الولي إلا إذا أضاف المال إليها فتبين ويلزمها، لأنه لا ضرر عليه في ذلك.

ولا يجوز عند الشافعية أيضا توكيل محجور عليه في قبض العوض في الخلع فإن وكله وقبض، ففي التتمة أن المختلع يبرأ والموكل مضيع لماله وأقره الشيخان.

والأصح: عندهم أيضا صحة توكيله امرأة لخلع زوجته أو طلاقها، لأن للمرأة تطليق نفسها بقوله لها: طلقي نفسك، وذلك تمليك للطلاق أو توكيل به.

والثاني: لا يصح لأنها لا تستقل بالطلاق، ولو وكلت الزوجة امرأة باختلاعها جاز بلا خلاف لاستقلال المرأة بالاختلاع.

وذكر الحنفية سوى محمد بن الحسن أن الواحد لا يصلح أن يكون وكيلا في الخلع من الجانبين، وذكر الشافعية أن الوكيل في الخلع من الجانبين يتولى طرفا منه مع أحد الزوجين أو وكيله، ولا يتولى الطرفين كما في البيع، ويرى الحنابلة في المذهب ومحمد والشافعية في قول:

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٩ - ط المصرية، تبيين الحقائق ٢/ ٢٧٤ - ط بولاق، البحر الرائق ٤/ ١٠١ - ط الاولى العلمية، نتائج الافكار ٣/ ٢٢١ - ط الأميرية، شرح الزرقاني ٤/ ٦٤ - ٦٥ - ط الفكر، الخرشي ٤/ ١٢ - ط بولاق، جواهر الإكليل ١/ ٣٣٠ - ط المعرفة، شرح المنهاج ٣/ ٣٢١ - ط الحلبي، أسنى المطالب ٣/ ٢٦٠ - ٢٦١ - ط المكتبة الإسلامية، روضة الطالبين ٧/ ٤٢٧ - ٤٣٠ - ط المكتب الإسلامي، نهاية المحتاج ٦/ ٤٠٩ - ٤١٢ - ط المكتبة الإسلامية، مغني المحتاج ٣/ ٢٧٦ - ٢٧٧ - ط التراث، والمبدع ٧/ ٢٢٣ - ط المكتب الإسلامي، والكافي ٣/ ١٤٤ - ط المكتب الإسلامي.

إنـه يتـولى الطرفـين قيـاسا على النكاح، ولأن الخلع يكفي فيـه اللفـظ من أحد الجانبين كما لو قال: إن أعطيتني ألفا فأنت طالق فأعطتـه ذلك، يقع الطلاق خلعا.

والوكيل في الخلع لا ينعزل بمضي المدة عند الحنفية.(١)

هذا ويكـون توكيـل المـرأة في ثلاثـة أشيـاء: استدعاء الخلع - أو الطلاق - وتقدير العوض وتسليمه.

ويكـون توكيـل الرجل أيضا في ثلاثة أشياء: شرط العوض - وقبضه - وإيقاع الطلاق أو الخلع.

والتـوكيـل جائـز مع تقـدير العوض ومن غير تقـديـر، لأنـه عقد معاوضة، فصح ذلك كالبيع والنكـاح إلا أن التقـدير مستحب لأنه أسلم من الغرر، وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد.(٢)

وعلى هذا فإن توكيـل الـزوج أو الـزوجـة لا يخلو من حالين:

أحدهما: أن يقدرا العوض كمئة مثلا.

والثاني أن يُطْلقا الوكالة من غير تقدير، كأن يوكـلاه في الخلع فقـط، وينبغي لوكيل الزوج أو وكيـل الـزوجة أن يفعل كل منهما ما من شأنه أن يعود بالنفع على موكله، فلا ينقص وكيل الزوج عما قدره له، فإن استطـاع أن يزيد عليه فليفعل وكـذا وكيـل الـزوجـة، فإن عليه أن لا يزيد عما قدرتـه له، فإن استطـاع أن يخلعهـا بأقـل منـه فليفعل. وينبغي لوكيل الزوج في حالة الإطلاق أن لا يخالع بأقل من مهر المثل بل بأكثر، وينبغي لوكيـل الـزوجة أيضا أن لا يخلعها بأكثر من مهر المثل في حالة الإطلاق.

عدة المختلعة:

٢٣ - ذهب جمهـور الفقهـاء (الحنفيـة والمـالكيـة والشـافعيـة والحنـابلة في المـذهب) إلى أن عدة المختلعة عدة المطلقة وهو قول سعيد بن المسيب وسـالم بن عبدالله، وسليمان بن يسار، وعمر بن عبـدالعـزيـز، والحسن، والشعبي، والنخعي، والزهري وغيرهم.

---

(١) البحـر الـرائق ٤/ ١٠٢ - ط الأولى العلميـة، حاشيـة القليـوبي ٣/ ٣١١ - ٣١٢ - ط الحلبي، كشـاف القنـاع ٥/ ٢٣٠ - ط النصر.

(٢) نتـائج الأفكـار ٣/ ٢٢١ - ط الأميريـة، تبيين الحقـائق ٢/ ٢٧٥ - ط بولاق، البحـر الـرائق ٤/ ١٠٢ - ط الأولى العلميـة، جواهـر الإكليل ١/ ٣٣٤ - ط المعرفة، الدسوقي ٢/ ٣٥٥ - ط الفكر، الشرح الصغير ٢/ ٣٠٣ - ط المدني، المهذب ٢/ ٧٥ - ط الحلبي، روضة الطالبين ٧/ ٣٩١ - ط المكتب الإسلامي، حاشية القليوبي ٣/ ٣١١ - ٣١٢ - ط الحـلبـي، أسنـى المطـالـب ٣/ ٢٤٩ - ط = المكتبـة الإسلامية، الكافي ٣/ ١٥٦ - ١٥٧ - ط المكتب الإسلامي، كشاف القنـاع ٥/ ٢٢٩ - ٢٣٠ - ط النصـر، المبدع ٧/ ٢٤٤ - ٢٤٥ - ط المكتب الإسلامي، الإنصاف ٨/ ٤١٩ - ٤٢٠ - ط التراث، المغني ٧/ ٩٠ - ٩٣ - ط الرياض.

وفي قول عن أحمد: إن عدتها حيضة وهو المروي عن عثمان بن عفان، وابن عمر، وابن عباس، وأبان بن عثمان، وإسحاق، وابن المنذر.

واحتج القائلون بأن عدتها حيضة بما رواه النسائي وابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنهما «أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة».[1]

وبأن عثمان رضي الله عنه قضى به.

واحتج القائلون بأن عدتها عدة المطلقة بقوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾.[2] ولأن الخلع فرقة بين الزوجين في الحياة بعد الدخول فكانت العدة ثلاثة قروء كغير الخلع.[3]

الركن الثالث: المعوَّض وهو البضع:

٢٤ - يشترط فيه كما جاء في الروضة من كتب الشافعية أن يكون مملوكا للزوج، فأما البائن بخلع وغيره فلا يصح خلعها، ويشترط في الخلع عند المالكية أيضا أن يصادف محلا، فإن كانت الزوجة بائنا وقت الخلع، فإن الخلع لا يقع، لأنه لم يصادف محلا، وتسترد الزوجة المال الذي دفعته للزوج، ويسقط عنها ما التزمته من رضاع ولدها، أو نفقة حمل، أو إسقاط حضانتها.

والفقهاء متفقون على أن الخلع لا يصح إلا مع الزوجة التي في عصمة زوجها، حقيقة، وهي التي لم تفارق زوجها بطلاق بائن ونحوه، كاللعان مثلا، أو حكما، وهي التي طلقها زوجها طلاقا رجعيا ولم تنقض عدتها، فإنها حينئذ زوجة والنكاح بينها وبين زوجها قائم، وتسري عليها كافة الأحكام الخاصة بالزوجات، ولو مات زوجها قبل انقضاء عدتها فإنها ترث منه، ولو قال الزوج: كل امرأة لي طالق تدخل هذه المطلقة فيه كما ذكر الحنفية ويقع عليها الطلاق، إلا أن الخرقي من الحنابلة ذكر أن الرجعية محرمة، لأن ظاهر قوله يدل على ذلك، فقد جاء في المغني عنه (وإذا لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا؟ فهو متيقن للتحريم شاك في التحليل) وقد روي عن أحمد ما يدل على هذا، وظاهر مذهب الحنابلة كما قال القاضي: إنها مباحة.

وأما مخالعة الزوج لها أي الرجعية في أثناء العدة فتصح عند المالكية، ولا تسترد المال الذي دفعته للزوج ولزم الزوج أن يوقع عليها طلقة أخرى بائنة، وتصح أيضا عند الشافعية في أظهر الأقوال، وهو أيضا ما ذهب إليه الحنابلة سوى الخرقي، لأنها زوجة صح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق.

---

(١) حديث ابن عباس «إن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه فجعل...» تقدم تخريجه (ف/ ٧)

(٢) سورة البقرة / ٢٢٨

(٣) فتح القدير ٣/ ٢٦٩ - ط الأميرية، تبيين الحقائق ٣/ ٢٦ - ط بولاق، الدسوقي مع الشرح الكبير ٢/ ٤٦٨ - ط الفكر، روضة الطالبين ٨/ ٣٦٥ - ط المكتب الإسلامي، المغني ٧/ ٤٤٩ - ٤٥٠ - ط الرياض، الإنصاف ٩/ ٢٧٩

وذهب الشافعية في قول: إلى عدم صحة مخالعتها لعدم الحاجة إلى الافتداء، وذهب الشافعية في قول آخر ذكره النووي في الروضة بلفظ، قيل: إلى أن الرجعية يصح خلعها بالطلقة الثالثة دون الثانية لتحصل البينونة الكبرى، هذا ويلزم مما ذكره الحنفية من وقوع الطلاق على الرجعية قبل انقضاء عدتها صحة مخالعتها لأن الخلع على القول الذي عليه الفتوى عندهم طلاق.[1]

الركن الرابع: العوض:

٢٥ - العوض ما يأخذه الزوج من زوجته في مقابل خلعه لها، وضابطه عند الحنفية، والمالكية والشافعية، وعند الحنابلة في المذهب أن يصلح جعله صداقا، فإن ما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدل خلع.[1]

والعوض في الخلع يجوز أن يكون مالا معينا أو موصوفا، ويجوز أن يكون دينا للمرأة على الزوج تفتدي به نفسها، ويجوز أن يكون منفعة وذلك أن يخالعها على إرضاع ولده منها، أو من غيرها مدة معلومة معينة، كما ذكر المالكية والشافعية، أو مطلقة كما ذكر الحنابلة، فإن ماتت المرضعة، أو الصبي، أو جف لبنها قبل ذلك فعليها أجرة المثل لما بقي من المدة، لأنه عوض معين تلف قبل قبضه فوجبت قيمته، أو مثله، كما لو خالعها على قفيز فهلك قبل قبضه.[2]

ولا يجوز أن يكون العوض في الخلع إخراج

---

(١) العناية بهامش فتح القدير ٣/ ١٧٢ - ط الأميرية، حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٣٦ - ٥٣٧ - ط بولاق، البناية في شرح الهداية ٤/ ٦١١ - ٦١٢ - ط الفكر، البحر الرائق ٤/ ٦٠ - ط الأولى العلمية، تبيين الحقائق ٢/ ٢٥٦ - ط بولاق، الشرح الصغير ٢/ ٣٠٤ - ط المدني، الخرشي ٤/ ٢١ - ط بولاق، جواهر الإكليل ١/ ٣٣٤ - ط المعرفة، الدسوقي ٢/ ٣٥٦ - ط الفكر، شرح الزرقاني ٤/ ٧٥ - ط الفكر، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٨ - ط المكتب الإسلامي، أسنى المطالب ٣/ ٢٤٨ - ط المكتبة الإسلامية مغني المحتاج ٣/ ٢٦٥ - ط التراث، نهاية المحتاج ٦/ ٣٩٠ - ٣٩١ - ط المكتبة الإسلامية، حاشية القليوبي ٣/ ٣٠٩ - ط الحلبي، تحفة المحتاج ٧/ ٤٦٨ - ط الميمنية، المغني ٧/ ٢٧٩ - ط الرياض، الكافي ٣/ ٢٢٨ - ط المكتب الإسلامي، المبدع ٧/ ٣٩٣ ط المكتب الإسلامي.

(١) البناية في شرح الهداية ٤/ ٦٦٩ - ٦٧٠ - ط الفكر، نتائج الأفكار ٣/ ٢٠٧ - ط الأميرية، تبيين الحقائق ٢/ ٢٦٩ - ط بولاق، القوانين الفقهية/ ٢٣٣ - ط العربي، الخرشي ٤/ ١٣ - ط بولاق، الدسوقي ٢/ ٣٤٨ - ط الفكر، أسهل المدارك ٢/ ١٥٨ - ط الحلبي، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٩ - ط المكتب الإسلامي، الكافي ٣/ ١٥٢ ط المكتب الإسلامي، المهذب ٢/ ٧٤ - ط الحلبي، مغني المحتاج ٣/ ٢٦٥ - ط التراث، نهاية المحتاج ٦/ ٣٩١- ط المكتبة الإسلامية، بجيرمي على الخطيب ٣/ ٤١٤ - ط المعرفة، حاشية القليوبي ٣/ ٣٠٩ ، ٣١٠ - ط الحلبي، المبدع ٧/ ٢٢٩ - ط المكتب الإسلامي، كشاف القناع ٥/ ٢١٨ - ط النصر، الكافي ٣/ ١٥٢ - ط المكتب الإسلامي.

(٢) الشرح الصغير ٢/ ٢٩٨ - ط المدني، الخرشي ٤/ ٢٢ - ط بولاق، الدسوقي ٢/ ٣٥٧ ط الفكر، روضة الطالبين =

المـرأة من مسكنهـا الذي طلقت فيه لأن سكناها فيــه إلى انقضاء العدة حق لله، لا يجوز لأحد إسقــاطـه لا بعـوض ولا بغـيره، وبـانت منـه ولا شيء عليها للزوج كما ذكر المالكية، واستثنوا من ذلـك أن تتحمـل هي أجرة المسكن من مالها زمن العـدة، فإن ذلـك جائز. وذكر الشافعية في هذه المسألة أن للمرأة السكنى وللزوج مهر المثل. (١)

٢٦ ـ وذكر الفقهاء أيضا أن العوض في الخلع إن كان معلومـا ومتمـولا ومقدورا على تسليمه فإن الخلع يعتبر صحيحا.

أمــا إذا فســد العـوض باختـلال شرط من شروطـه، كاختـلال شرط العلم، أو المـالية، أو القـدرة على التسليم، فإن الخلع يعتبر فاسدا، وفيــه خلاف، سببـه تردد العـوض ها هنـا بين العـوض في البيـوع، أو الأشيـاء المـوهـوبـة، أو المـوصى بها فمن شبهـه بالبيـوع اشـترط فيـه ما يشــترط في البيـوع وفي أعـواض البيـوع. ومن شبهه بالهبات لم يشترط فيه ذلك. (٢)

= ٧/ ٣٩٩ ـ ط المكتب الإسـلامي، الكـافي ٣/ ١٥٦ ـ ط المكتب الإسلامي، المغني ٧/ ٦٤ ـ ٦٥ ـ ط الرياض.

(١) الخرشي ٤/ ١٥ ط بولاق، الـزرقـاني ٤/ ٦٨ ـ ط الفكر، الدسوقي ٢/ ٣٥٠ ـ ط الفكر، مغني المحتاج ٣/ ٢٦٥ ـ ط التراث.

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٥٨ ـ ط التجارية.

وتتلخص أحكامه في مسألتين:

الأولى: الخلع بالمجهـول وبـالمعدوم وبالغرر أو بما لا يقدر على تسليمه.

الخلع بالمجهــول جائـز عنـد الحنفيـة، لأن الخلع عنــدهم إسقـاط يجوز تعليقـه وخلوه من العـوض بالكليـة، وهـو مما يجري فيه التسامح، فيجـوز بالمجهول إلى الأجل المجهول المستدرك الجهـالـة وعلى هذا الأصل يجوز اختلاعها على زراعـة أرضهـا، وركـوب دابتهـا، وخـدمتها له على وجه لا يلزم خلوته بها، أو خدمة الأجنبي، لأن هذه تجوز مهرا. (١)

ويجـوز الخلع عنـد المـالكيـة أيضـا بالمجهول والغـرر، فيجـوز للمرأة عندهم أن تخالع زوجها بما في بطـن ناقـتهـا، ومثله الآبق، والشــارد، والثمرة التي لم يبد صلاحها، وبحيوان، وعرض غير موصـوف، أو بأجل مجهول، وللزوج عليها الـوسـط من جنس ما وقعت المخالعة به، لا من وسط ما يخالع به الناس ولا يراعى في ذلك حال المـرأة، وإذا انفش الحمـل(٢) الـذي وقع الخلع عليه فلا شيء للزوج، لأنه مجوز لذلك والطلاق بائن. (٣)

(١) فتح القدير ٣/ ٢٠٧ ـ ط الأميرية.

(٢) يقال: انفشت القربة خرج ما فيها من هواء والعلة زالت.

(٣) القوانين الفقهية/ ٢٣٣ ـ ط العربي، الخرشي ٤/ ١٣ ـ ط بولاق، الـدسـوقي ٢/ ٣٤٨ ـ ط الـفكـر، أسهـل =

ويصح الخلع عند الحنابلة أيضا بالمجهول في ظاهر المذهب، وبالمعدوم الذي ينتظر وجوده، لأن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط، فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء، والإسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز بغير عوض على رواية. (١)

ولا يجوز عند الشافعية الخلع على ما فيه غرر كالمجهول، وهو قول أبي بكر من الحنابلة في الخلع بالمجهول وبالمعدوم الذي ينتظر وجوده، وهو قياس قول أحمد، وجزم به أبو محمد الجوزي، ومثله عند الشافعية الخلع على محرم، أو على ما لم يتم ملكه عليه، أو على ما لا يقدر على تسليمه، لأنه عقد معاوضة فلا يجوز على ما ذكر، كالبيع والنكاح، فلو خالع بشيء مما ذكر بانت بمهر المثل عند الشافعية، لأنه المراد عند فساد العوض. (٢)

الركن الخامس : الصيغة :

٢٧ - صيغة الخلع هي الإيجاب والقبول.

أما الإيجاب والقبول فهما ركنا الخلع عند الحنفية إن كان بعوض، ويشترط فيهما كما ذكر الشافعية إن بدأ الزوج بصيغة معاوضة، كقوله خالعتك على كذا القبول لفظا ممن يتأتى منه النطق، وبالإشارة المفهمة من الأخرس وبالكتابة منهما، وأن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي كثير ممن يطلب منه الجواب لإشعاره بالإعراض بخلاف اليسير مطلقا، والكثير ممن لم يطلب منه الجواب، وأن يكون القبول على وفق الإيجاب، فلو اختلف الإيجاب والقبول كطلقتك بألف فقبلت بألفين، وعكسه كطلقتك بألفين فقبلت بألف، أو طلقتك ثلاثا بألف فقبلت واحدة بثلث ألف، فلغو في المسائل الثلاث للمخالفة كما في البيع.

وأما إذا ابتدأ الزوج بصيغة تعليق في الإثبات، كمتى أو متى ما، أو أي حين، أو زمان، أو وقت أعطيتني كذا فأنت طالق فلا يشترط فيه القبول لفظا، لأن الصيغة لا تقتضيه، ولا يشترط الإعطاء فورا في المجلس أي مجلس التواجب. بخلاف ما لو ابتدأ (بصيغة تعليق في النفي، كقوله متى لم تعطني كذا فأنت طالق، فإنه يكون على الفور) ومثل ذلك ما لو قالت له : متى طلقتني فلك

= المدارك ٢/ ١٥٨ ط الحلبي، التاج والإكليل ٤/ ٢٢، مواهب الجليل ٤/ ٢٢ - ط النجاح، المدونة ٢/ ٣٣٧ - ط المصرية أو دار صادر.

(١) المبدع ٧/ ٢٣٣ - ط المكتب الإسلامي.

(٢) المهذب ٢/ ٧٤ - ط الحلبي، مغني المحتاج ٣/ ٢٦٥ - ط التراث، المبدع ٧/ ٢٣٣ - ط المكتب الإسلامي، كشاف القناع ٥/ ٢٢٢ - ط النصر، الكافي ٣/ ١٥٣ ط المكتب الإسلامي.

عليّ ألف، فإن الجواب يختص بمجلس التواجب.[1]

تعليق الخلع بالشرط:

٢٨ ـ الخلع إن كان من جانب الزوجة بأن كانت هي البادئة بسؤال الطلاق، فإنه لا يقبل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت عند الحنفية والشافعية، لأن الخلع من جانبها معاوضة، وإن كان من جانب الزوج فإنه يقبل التعليق بالشرط والإضافة إلى الوقت عند الحنفية والمالكية والشافعية، لأن الخلع من جانبه يمين، ومثله الطلاق على مال.

وأما الحنابلة فلم يجوزوا تعليق الخلع قياسا على البيع.[2]

شرط الخيار في الخلع:

٢٩ ـ يصح للزوجة شرط الخيار في الخلع لا للزوج عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد لا يصح لها أيضا، لأن إيجاب الزوج يمين ولهذا لا يملك الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس وصحت إضافته وتعليقه بالشرط لكون الموجود من جانبه طلاقا وقبولها شرط اليمين فلا يصح خيار الشرط فيهما، لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد، واليمين وشرطها لا يحتملان الفسخ.

وقال أبو حنيفة: إن الخلع من جانبها معاوضة لكون الموجود من جهتها مالا، ولهذا يصح رجوعها قبل القبول، ولا تصح إضافته وتعليقه بالشرط، ولا يتوقف على ما وراء المجلس فصار كالبيع، ولا نسلم أنه للفسخ بعد الانعقاد، بل هو مانع من الانعقاد في حق الحكم وكونه شرطا ليمين الزوج لا يمنع أن يكون معاوضة في نفسه.[1]

ألفاظ الخلع:

٣٠ ـ ألفاظ الخلع سبعة عند الحنفية وهي: خالعتك ـ باينتك ـ بارأتك ـ فارقتك ـ طلقي نفسك على ألف ـ والبيع كبعتُ نفسَك ـ والشراء كاشتري نفسَك.

وله عند المالكية: أربعة ألفاظ وهي: الخلع

---

(١) أسنى المطالب ٣/ ٢٥٠ ـ ٢٥١ ـ ط المكتبة الإسلامية، روضة الطالبين ٧/ ٣٩٥ ـ ط المكتب الإسلامي، مغني المحتاج ٣/ ٢٦٩ ـ ٢٧٠ ـ ط التراث.

(٢) تبيين الحقائق ٢/ ٢٧٢ ـ ط المعرفة، بدائع الصنائع ٣/ ١٥٢ ـ ط الجمالية، جواهر الإكليل ١/ ٣٣٥ ـ ط المعرفة، روضة الطالبين ٧/ ٣٨٢ ـ ط المكتب الإسلامي، كشاف القناع ٥/ ٢١٧ ـ ط النصر.

(١) تبيين الحقائق ٢/ ٢٧١ ـ ٢٧٢ ـ ط بولاق، فتح القدير ٣/ ٢١٣ ـ ٢١٤ ـ ط الأميرية، بدائع الصنائع ٣/ ١٤٥ ـ ط الجمالية، حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٥٩ ـ ط بولاق، كشف الأسرار للبزدوي ٤/ ٣٦٤ ـ ٣٦٥ ـ ط العربي، البحر الرائق ٤/ ٩٢ ط الأولى العلمية.

والفدية، والصلح، والمبارأة وكلها تؤول إلى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها.

وألفاظ الخلع عند الشافعية والحنابلة تنقسم إلى صريح وكناية: فالصريح المتفق عليه عندهم لفظان: لفظ خلع وما يشتق منه لأنه ثبت له العرف. ولفظ المفاداة وما يشتق منه لوروده في القرآن، وزاد الحنابلة لفظ فسخ لأنه حقيقة فيه. وهو من كنايات الخلع عند الشافعية ومن كناياته عندهم أيضا بيع.

ولفظ بارأتك، وأبرأتك، وأبنتك، وصريح خلع وكنايته، كصريح طلاق وكنايته عند الشافعية والحنابلة، فإذا طلبت الخلع وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع وكنايته، صح من غير نية، لأن دلالة الحال من سؤال الخلع، وبذل العوض صارفة إليه فأغنى عن النية فيه، وإن لم يكن دلالة حال فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية، سواء قلنا هو فسخ أو طلاق، ولا يقع بالكناية إلا بنية ممن تلفظ به منهما، ككنايات الطلاق مع صريحه. (١)

اختلاف الزوجين في الخلع أو في عوضه:

٣١ - إذا ادعى الزوج الخلع، والزوجة تنكره بانت بإقراره اتفاقا، وأما دعوى المال فتبقى بحالها كما ذكر الحنفية، ويكون القول قولها فيها، لأنها تنكر، والقول قولها بيمينها في نفي العوض عند المالكية والشافعية والحنابلة.

أما إذا ادعت الزوجة الخلع، والزوج ينكره فإنه لا يقع كيفما كان، كما ذكر الحنفية، ويصدق الزوج بيمينه عند الشافعية في هذه المسألة، لأن الأصل عدمه، والقول قوله ولا شيء عليه عند الحنابلة لأنه لا يدعيه.

وأما المالكية فإنهم لم يصرحوا بهذه المسألة ولكن يفهم مما ذكروه فيما لو قالت الزوجة:طلقتني ثلاثا بعشرة فقال الزوج:بل طلقة واحدة بعشرة، فالقول قول الزوج بلا يمين، ووقعت البينونة، لأن ما زاد على ما قاله الزوج هي مدعية له، وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها، والمنقول عندهم أن القول قوله بيمينه، فإن نكل حبس، ولا يقال تحلف ويثبت ما تدعيه، لأن الطلاق لا يثبت بالنكول مع الحلف وتبين منه في اتفاقهما على الخلع، وتكون رجعية في غيره.

أما إذا اتفقا على الخلع، واختلفا في قدر العوض، أو جنسه، أو حلوله، أو تأجيله، أو صفته فالقول قول المرأة عند الحنفية، وعند الحنابلة في رواية حكاها أبو بكر نصا عن أحمد، والقول قولها أيضا بيمينها عند المالكية، لأن القول قولها في أصله فكذا في صفته، ولأنها منكرة للزيادة في القدر، أو الصفة، فكان القول

---

(١) حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٥٩ - ط بولاق، بداية المجتهد ٢/ ٥٧ - ط التجارية، حاشية الجمل على المنهج ٤/ ٣٠٢ - ط التراث، المغني ٧/ ٥٧ - ط الرياض.

قولها، لقوله ﷺ: «اليمين على المدعى عليه»[١]

وعلى القول: إن الخلع فسخ لا يقال يتحالفان كالمتبايعين، لأن التحالف في البيع يحتاج إليه لفسخ العقد، والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ.

وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد أن القول قول الزوج، لأن البضع يخرج من ملكه فكان القول قوله في عوضه.

وذكر الشافعية في هذه المسألة أن الزوجين إن لم يكن لأحدهما بينة، أو كان لكل منهما بينة وتعارضتا تحالفا كالمتبايعين في كيفية الحلف ومن يبدأ به. ويجب ببينونتها بفوات العوض مهر المثل وإن كان أكثر مما ادعاه، لأنه المرد، فإن كان لأحدهما بينة عمل بها.[٢]

---

(١) حديث: «اليمين على المدعى عليه». أخرجه بهذا اللفظ البيهقي (١٠/ ٢٥٢ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث ابن عباس، وأشار إلى شذوذ هذا اللفظ، ورواه بإسناد صحيح بلفظ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر».

(٢) حاشية ابن عابدين ٢/ ٥٦٤ - ط بولاق، البحر الرائق ٤/ ٩٤ - ط الأولى العلمية، جواهر الإكليل ١/ ٣٣٦ - ط المعرفة، الشرح الكبير ٢/ ٣٦٠ - ط الفكر، الشرح الصغير ٢/ ٢٠٦ - ط المدني، الخرشي مع حاشية العدوي عليه ٤/ ٢٦ - ٢٧ ط بولاق، بجيرمي على الخطيب ٣/ ٤١٥ - ط المعرفة، الجمل على المنهج ٤/ ٣١٨ - ٣١٩ - ط التراث، المهذب ٢/ ٧٧ - ٧٨ - ط الحلبي، الكافي ٣/ ١٥٨ - ط المكتب الإسلامي، كشاف القناع ٥/ ٢٣٠ - ط النصر، المبدع ٧/ ٢٤٦ - ط المكتب الإسلامي، المغني ٧/ ٩٣- ط الرياض.

خــل

التعريف:

١ - الخل في اللغة معروف، يقال: اختل الشيء إذا تغير واضطرب، وخلّل الخمر أي جعلها خلا.[١] وسمي الخل بذلك لأنه اختل منه طعم الحلاوة إلى الحموضة. وفي الحديث: «نعم الأدمُ الخلّ».[٢]

ويطلق في الاصطلاح على نفس المعنى.

الألفاظ ذات الصلة:

أ - الخمر:

٢ - الخمر في اللغة اسم لكل مسكر خامر العقل أي غطاه.[١]

وفي الاصطلاح هي عصير العنب النيء إذا غلى واشتد وقذف بالزبد.

ويقال أيضا لكل ما خامر العقل وستره سواء أكان من العنب أم غيره.

---

(١) لسان العرب والمصباح المنير ومتن اللغة مادة: (خلل).

(٢) حديث: «نعم الأدم الخل». أخرجه مسلم (٣/ ١٦٢٣ - ط الحلبي) من حديث جابر بن عبدالله

(٣) لسان العرب والمصباح والقاموس في المادة.

وعلى ذلك فهي تختلف عن الخل في الطعم وفي أنها مسكر. (١)

ب ـ النبيذ :

٣ ـ النبيذ في اللغة من النبذ بمعنى الترك، يقال: نبذته نبذا: ألقيته، وهو في الاصطلاح ما يلقى من التمر أو الزبيب ونحوهما أو الحبوب في الماء ليكسبه من طعمه، والانتباذ اتخاذ النبيذ. (٢)

وتفصيله في مصطلح: (نبيذ).

ج ـ الخليطان :

٤ ـ الخليطان شراب خلط عند النبذ أو الشرب من ماء الزبيب والتمر، أو بسر مع رطب، أو تمر وحنطة مع شعير، أو أحدهما مع تين. (٣)

وهناك أشربة أخرى ذات صلة بالخل لها أسماء مختلفة، وأحكام فقهية خاصة تفصيلها في مصطلح: (أشربة).

حكم الخل :

٥ ـ الخل، مال متقوّم طاهر يحل أكله والمعاملة به والاستفادة منه بطرق مختلفة كسائر الأموال المتقومة. وبما أن أصله وأصل الخمر وسائر الأشربة المحرمة واحدٌ غالبا تعرض الفقهاء لأحكام الخل في مواضع نذكرها فيما يلي:

أولا : تخلل الخمر وتخليلها :

٦ ـ إذا تخللت الخمر بنفسها بغير علاج بأن تتغير من الخمرية إلى الخلية حل ذلك الخل، فيجوز أكله وشربه والمعاملة به باتفاق الفقهاء، لقوله ﷺ: «نعم الأدمُ الخل». (١)

كذلك إذا تخللت بنقلها من شمس إلى ظل وعكسه عند جمهور الفقهاء. (٢)

واختلفوا في تخليلها بالعلاج بإلقاء الخل، أو البصل، أو الملح فيها، أو إيقاد نار عندها بقصد التخليل:

فقال الشافعية والحنابلة، وهو رواية عن مالك: لا يحل تخليل الخمر بالعلاج ولا تطهر بالتخليل. لحديث أبي طلحة: «أنه سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمرا فقال: أهرقها، قال: أفلا أجعلها خلا؟ قال: لا». (٣)

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٨٨، والمدونة ٦/ ٢٦١، ونهاية المحتاج ٨/ ٩، وكشاف القناع ٦/ ١١٦، والمغني ٩/ ١٥٩

(٢) المعجم الوسيط والمصباح المنير مادة: (نبذ) والاختيار ٤/ ١٠٠، ١٠١، وبداية المجتهد ١/ ٤٩٠ وروضة الطالبين ١٠/ ١٦٨، والمغني لابن قدامة ٨/ ٣١٧

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٦/ ٤٥، ٤٦، وجواهر الإكليل ١/ ٢١٩، والمغني ٨/ ٣١٨ ـ ٣١٩

(١) حديث: «نعم الأدم الخل». تقدم تخريجه ف/ ١

(٢) فتح القدير ٨/ ١٦٦، ١٦٧ والزيلعي ٦/ ٤٨، ٤٩، وبداية المجتهد ١/ ٤٦١، ومغني المحتاج ١/ ٨١، والروضة ٤/ ٧٢، وكشاف القناع ١/ ١٨٧

(٣) حديث أبي طلحة: «أنه سأل رسول الله ﷺ عن أيتام...» أخرجه أبو داود (٤/ ٨٢ ـ ٨٣ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) وإسناده صحيح.

ولأننا أمرنا باجتناب الخمر، وفي التخليل اقتراب منها على وجه التمول فلا يجوز.[1]

وقال الحنفية وهو الراجح عند المالكية: جاز تخليل الخمر، وحل شرب ذلك الخل وأكله لقوله عليه الصلاة والسلام: «نعم الأدم الخل» مطلقا من غير تفريق بين التخليل والتخلل، ولأن التخليل يزيل الوصف المفسد، ويثبت وصف الصلاحية، لأن فيه مصلحة التداوي، والتغذي ومصالح أخرى، وإذا زال المفسد الموجب للحرمة حلت، كما إذا تخللت بنفسها، ولأن التخليل إصلاح فجاز قياسا على جواز دبغ الجلد،[2] فقد قال النبي ﷺ: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر»[3] وتفصيله في مصطلح: (أشربة ج٥/٢٧ ـ ٢٩) و(تخليل ج١١/٥٤).

ثانيا: أكل وشرب الخل:

٧ ـ لا خلاف بين الفقهاء في جواز أكل وشرب الخل، سواء أكان من العنب أم غيره، كما أنه لا خلاف في جواز أكل خل الخمر التي تخللت

(١) بداية المجتهد ١/ ٤٦١، وجواهر الإكليل ١/ ٩، والمجموع ١/ ٢٢٥، والمغني ٨/ ٣١٩ وكشاف القناع ١/ ١٨٧

(٢) فتح القدير ٨/ ١٦٦، ١٦٧ والزيلعي ٦/ ٤٨، ٤٩ وابن عابدين ١/ ٢٠٩، والاختيار ٤/ ١٠١، ١٠٢، وجواهر الإكليل ١/ ٩

(٣) حديث: «إذا دبغ الإهاب فقد طهر». أخرجه مسلم (١/ ٢٧٧ ـ ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عباس.

بنفسها بغير علاج، لقوله ﷺ: «نعم الأدم الخل».[1]

وكما حل أكل الخل حل أكل دوده مع الخل حيا أو ميتا، كدود الفاكهة معها لعسر تمييزه عنه، لأنه كجزئه طبعا وطعما. أما أكله منفردا فحرام كما صرح به الفقهاء[2]

أما إذا خللت الخمر بالعلاج بإلقاء الخل أو الملح فيها مثلا، فقد سبق تفصيله في تخلل الخمر وتخليلها ف/٦.

ثالثا: الطهارة بالخل:

٨ ـ اتفق الفقهاء على عدم جواز إزالة الحدث الأصغر أو الأكبر بالخل وماء الورد والبطيخ والقثاء ونحوها مما يعتصر من شجر أو ثمر، لأنه يشترط لرفع الحدث أن يكون بماء مطلق، والخل لا يصدق عليه اسم الماء المطلق، وماء الورد والبطيخ ونحوهما لا يطلق عليه اسم الماء إلا بالقيد.[3]

(١) الاختيار ٤/ ١٠١، ١٠٢، وجواهر الإكليل ١/ ٩، ٢١٩، وأسنى المطالب ١/ ٥٦٧، ٥٦٨، ومطالب أولي النهى ٥/ ٢٥٠

وحديث: «نعم الأدم الخل». سبق تخريجه ف/ ١

(٢) فتح القدير مع الهداية ١/ ٥٧، وأسنى المطالب ١/ ٥٦٧، والمجموع ١/ ١٣١، وكشاف القناع ٦/ ٢٠٤

(٣) فتح القدير ١/ ١٣٣، ١٧٧، وابن عابدين ١/ ٢٣، والفتاوى الهندية ١/ ٢١، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٣٤، والمجموع للنووي ١/ ٩٥ ـ ٩٧، والمغني ١/ ٩

كذلك ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز إزالة النجاسة من الثوب والبدن بالخل، فالطهارة من النجاسة لا تحصل عندهم إلا بما تحصل به الطهارة من الحدث، لدخولها في عموم الطهارة، وهذا قول المالكية والشافعية، وهو أصح الروايتين عند الحنابلة، وقول محمد بن الحسن، وزفر من الحنفية، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وأنزلنا من السماء ماء طهورا﴾، [1] ﴿وينزل عليكم من السماء ماء ليطهركم به﴾، [2] قال النووي: ذكره سبحانه وتعالى امتنانا فلو حصلت الطهارة بغيره لم يحصل الامتنان به. [3]

ولما ورد أن رسول الله ﷺ قال: «إذا أصاب ثوب إحداكن الدم من الحيضة فلتقرصه، ثم لتنضحه بماء ثم لتصلي فيه». [4] ولم ينقل عن النبي ﷺ جواز إزالة النجاسة بغير الماء، فلو جاز بغير الماء لبينه مرة فأكثر. [5]

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف وهو رواية عند الحنابلة: يجوز تطهير النجاسة بالماء وبكل مائع طاهر يمكن إزالتها به، كالخل وماء الورد ونحوهما مما إذا عصر انعصر بخلاف الدهن والزيت واللبن والسمن.

واحتج لهم بحديث عائشة رضي الله عنها قالت: «ما كان لإحدانا إلا ثوب واحد تحيض فيه، فإذا أصابه شيء من دم قالت بريقها فقصعته بظفرها» [1] وبحديث أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «إذا جاء أحدكم إلى المسجد فلينظر، فإن رأى في نعليه قذرا أو أذى فليمسحه، وليصل فيهما». [2] وموضع الدلالة أنها طهارة بغير الماء، فدل على عدم اشتراطه، ولأن الخل ونحوه من المائعات الطاهرة قالع للنجاسة ومزيل لها كالماء فيأخذ حكمه. [3]

رابعا: بيع الخل والمعاملة به:

٩ - الأصل أنه لا يجوز بيع المكيل أو الموزون بجنسه متفاضلا ولا نساء، لأنه يعتبر ربا،

(١) سورة الفرقان/ ٤٨

(٢) سورة الأنفال/ ١١

(٣) المجموع للنووي ١/ ٩٥

(٤) حديث: «إذا أصاب ثوب إحداكن الدم من الحيضة...» أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٤١٠ - ط السلفية). ومسلم (١/ ٢٤٠ - ط الحلبي) من حديث أسماء بنت أبي بكر واللفظ للبخاري.

(٥) المجموع للنووي ١/ ٩٥، والمراجع السابقة.

(١) حديث عائشة: «ما كان لإحدانا إلا ثوب واحد...» أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٤١٢ - ط السلفية).

(٢) حديث: «إذا جاء أحدكم إلى المسجد فلينظر...» أخرجه أبو داود (١/ ٤٢٧ - تحقيق عزت عبيد دعاس) وقال النووي في المجموع (٢/ ١٧٩ - ط المنيرية): «إسناده صحيح».

(٣) فتح القدير مع الهداية ١/ ١٣٣، والفتاوى الهندية ١/ ٢١، ٤٣، وأسنى المطالب ١/ ١٨، والمجموع للنووي ١/ ٩٥ - ٩٧، والمغني لابن قدامة ١/ ٩

لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب مثلا بمثل، والفضة بالفضة مثلا بمثل، والتمر بالتمر مثلا بمثل، والبر بالبر مثلا بمثل، والملح بالملح مثلا بمثل، والشعير بالشعير مثلا بمثل، فمن زاد أو ازداد فقد أربى، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يدا بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يدا بيد، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يدا بيد»[1] وفي رواية «وإذا اختلفت هذه الأشياء فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد».

وعلى ذلك فلا يجوز بيع خل العنب بخل العنب، ولا بيع خل الزبيب بخل الزبيب، ولا بيع خل التمر بخل التمر متفاضلا ولا نساء، ويجوز متماثلا يدا بيد، وذلك باتفاق الفقهاء لاتحاد الجنس والقدر، لأن الخل من المكيلات.[2]

واختلف الفقهاء في بيع الخلول من أنواع مختلفة بعضها ببعض آخر، كخل العنب بخل التمر مثلا. فذهب الحنفية والشافعية وهو الصحيح عند الحنابلة إلى أنه يجوز بيع نوع من الخل بنوع آخر منه متفاضلا كاللحوم المختلفة، لأن أصولها أجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها إلى بعض في الزكاة، وأسماؤها أيضا مختلفة باعتبار الإضافة كدقيق البر والشعير، والمقصود أيضا مختلف، فبعض الناس يرغب في بعضها دون بعض، وقد يضره البعض وينفعه غيره، ففروع الأجناس المختلفة تعتبر أجناسا مختلفة، كالدقيق والخبز والدهن والخل، لأن الفروع تتبع أصولها. وعلى ذلك فخل التمر جنس وخل العنب جنس آخر يجوز البيع بينهما متفاضلا.[1]

إلا أن الشافعية فصّلوا في بيع الخل إذا دخله الماء.

واستثنى الحنابلة من هذا بيع خل عنب بخل زبيب، فقالوا بعدم جوازه ولو متماثلا، لانفراد خل الزبيب بالماء.[2]

وقال المالكية - وهو رواية عن أحمد: إن جميع الخلول جنس واحد سواء أكانت من العنب، أم من الزبيب، أو التمر أو غير ذلك. وكذلك لا يتعدد جنس الأنبذة عندهم. حتى إن الأنبذة

---

(١) حديث: «الذهب بالذهب مثلا بمثل...» أخرجه مسلم (٣/ ١٢١١ - ط الحلبي) والترمذي (٣/ ٥٤١ - ط الحلبي) من حديث عبادة بن الصامت، واللفظ للترمذي.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤/ ١٨٥، وتبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ٨٧، ٩٤، وجواهر الإكليل ٢/ ١٨، ١٩، ومغني المحتاج ٢/ ٢٢، ٢٣، ٢٤، وكشاف القناع ٣/ ٢٥١ - ٢٥٥، وروضة الطالبين ٣/ ٢٩١، وحاشية الجمل ٣/ ٦٠، ٦١، والمغني ٤/ ٤، ٢٥ - ٢٧

(١) ابن عابدين ٤/ ١٨٥، والزيلعي ٤/ ٩٤، ومغني المحتاج ٢/ ٢٣، ٢٤، والروضة ٣/ ٢٩١، ونهاية المحتاج ٣/ ٤١٦، وحاشية الجمل ٣/ ٦٠، ٦١، وكشاف القناع ٣/ ٢٥٥، والمغني ٤/ ٢٥

(٢) كشاف القناع ٣/ ٢٥٥

والخلول اعتبرت جنسا واحدا في المعتمد عندهم .

وعلى ذلك فلا يجوز التفاضل ولا النساء في بيع الخلول ولو من أنواع مختلفة عند المالكية لأنها كلها جنس واحد، كما لا يجوز بيعها بالأنبذة متفاضلة في المعتمد عندهم لاعتبارهم الخلول والأنبذة جنسا واحدا لتقارب منفعتها . (١)

خامسا : الضمان في غصب الخل وإتلافه :

١٠ - لا خلاف بين الفقهاء في وجوب الضمان على من غصب أو أتلف خل مسلم وغيره، لأنه مال متقوم طاهر يجوز أكله واقتناؤه والمعاملة به كما سبق . (٢)

١١ - ولو غصب خمرا فتخللت عند الغاصب يجب رده عليه إلى المغصوب منه، عند الحنفية والمالكية والحنابلة، وهو الأصح عند الشافعية، لأنها صارت خلا على ملك المغصوب منه ويد المالك لم تزل عنها بالغصب، فكأنها تخللت في يد المالك . (٣)

(١) جواهر الإكليل ٢/ ١٨، ١٩، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٤٩

(٢) ابن عابدين ٥/ ١١٤، ومغني المحتاج ٢/ ٢٨٥، والحطاب ٥/ ٢٨٠، وكشاف القناع ٤/ ٧٨

(٣) حاشية ابن عابدين مع الدر المختار ٥/ ١٣٤، وجواهر الإكليل على مختصر خليل ٢/ ١٤٩ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٤٤٧، ومغني المحتاج ٣/ ٢٩١ ومطالب أولي النهى ٤/ ٥

وكذلك إذا خللها الغاصب عند الحنفية والمالكية (وهم يقولون بجواز التخليل بالعلاج كما سبق)، لكن الحنفية قيدوا بما إذا كان التخليل بما لا قيمة له كإلقاء حنطة وملح يسير، أو تشميس. أما لو خللها بذي قيمة كالملح الكثير والخل، فالخل ملك الغاصب عند أبي حنيفة، لأن الملح والخل مال متقوم والخمر غير متقوم، فيرجع جانب الغاصب فيكون له بلا شيء، خلافا لأبي يوسف ومحمد حيث قالا : يأخذه المالك إن شاء، ويرد قدر وزن الملح من الخل . (١)

والقول الثاني للشافعية : إن الخل للغاصب مطلقا لحصول المالية عنده . (٢)

ثم إن المالكية فصلوا بين خمر المسلم وخمر الكافر فقالوا : إذا كانت الخمر للكافر وتخللت يخير بين أخذ الخل وبين تركه وأخذ قيمتها . وإذا كانت للمسلم تعين عليه أخذ الخل . (٣)

١٢ - ولو غصب عصيرا فتخمر عند الغاصب، فقال المالكية والشافعية والحنابلة : إن على الغاصب الضمان برد مثله، لأنه صار في حكم التالف لذهاب ماليته بتخمره وانقلابه إلى ما

(١) حاشية ابن عابدين مع الدر ٥/ ١٣٤، وجواهر الإكليل ٢/ ١٤٩

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٢٩٠، ٢٩١

(٣) جواهر الإكليل ٢/ ١٤٩، وحاشية الدسوقي ٣/ ٤٤٧

لا يجوز تملكه .[١]

وإذا تخلل عند الغاصب بعد التخمر فقال الحنابلة وهو الأصح عند الشافعية : يرده الغاصب ويرد ما نقص من قيمة العصير أو نقص منه بسبب غليانه، لأنه نقص حصل في يد الغاصب فيضمنه .

وفي القول الثاني للشافعية : يلزمه مثل العصير. لأنه بالتخمر كالتالف .[٢]

وقال المالكية : لو تخلل العصير المغصوب ابتداء أو بعد تخمره خير مالكه بين أخذ عصير مثله وبين أخذه خلاً .[٣]



(١) جواهر الإكليل ٢/ ١٤٩ ، ومغني المحتاج ٢/ ٢٩١ ، وكشاف القناع ٤/ ١١٠

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٢٩١ ، وكشاف القناع ٤/ ١١٠

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٤٤٧

خلوة

التعريف :

١ - الخلوة في اللغة : من خلا المكان والشيء يخلو خلوا وخلاء، وأخلى المكان : إذا لم يكن فيه أحد ولا شيء فيه، وخلا الرجل وأخلى وقع في مكان خال لا يزاحم فيه .

وخلا الرجل بصاحبه وإليه ومعه خلوا وخلاء وخلوة : انفرد به واجتمع معه في خلوة، وكذلك خلا بزوجته خلوة .

والخلوة : الاسم، والخلو: المنفرد، وامرأة خالية، ونساء خاليات : لا أزواج لهن ولا أولاد، والتخلي : التفرغ، يقال : تخلى للعبادة، وهو تفعّل من الخلو.[١]

ولا يخرج استعمال الفقهاء لهذا المصطلح عن معناه اللغوي .[٢]

(١) لسان العرب، المصباح المنير، الكليات، المفردات للراغب.

(٢) البدائع ٢/ ٢٩٣ ، الصاوي على الشرح الصغير ١/ ٣١٣ ط الحلبي، المجموع ٤/ ١٥٥ وما بعدها، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٧ ، شرح صحيح مسلم للنووي ٢/ ١٩٨

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الانفراد :

٢ ـ الانفراد مصدر انفرد، يقال: انفرد الرجل بنفسه انقطع وتنحى، وتفرد بالشيء انفرد به، وفرد الرجل إذا تفقه واعتزل الناس، وخلا بمراعاة الأمر والنهي والعبادة. وقد جاء في الخبر: «طوبى للمفردين». (١) واستفرد فلانا انفرد به. (٢)

ب ـ العزلة :

٣ ـ العزلة اسم مصدر، يقال عزلت الشيء عن غيره عزلا نحيته عنه، ومنه عزلت النائب كالوكيل إذا أخرجته عما كان له من الحكم، وانعزل عن الناس، إذا تنحى عنهم جانبا، وفلان عن الحق بمعزل، أي مجانب له، وتعزلت البيت واعتزلته، والاعتزال تجنب الشيء عمالة كانت أو براءة، أو غيرهما، بالبدن كان ذلك أو بالقلب. وتعازل القوم انعزل بعضهم عن بعض، والعزلة: الانعزال نفسه، يقال: العزلة عبادة. (٣)

(١) حديث: « طوبى للمفردين». أورده ابن الأثير في النهاية (٣/ ٤٢٥ ـ ط الحلبي) دون عزوه لأحد، وقد ورد بلفظ: «سبق المفردون»، أخرجه مسلم (٤/ ٢٠٦٢ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(٢) لسان العرب، المصباح المنير مادة: «فرد».

(٣) لسان العرب، المصباح المنير، المفردات للراغب مادة: «عزل».

ج ـ الستر :

٤ ـ الستر ما يستر به، أي يغطى به ويخفى، وجمعه ستور، والسترة مثله، قال ابن فارس: السترة ما استترت به كائنا ما كان، والستارة بالكسر، والستار بحذف الهاء لغة.

ويقال لما ينصبه المصلي قدامه علامة لمصلاه من عصا، وتسنيم تراب، وغيره، سترة، لأنه يستر المار من المرور أي يحجبه.

والاستتار: الاختفاء. (١)

الحكم التكليفي :

٥ ـ الخلوة بمعنى الانفراد بالنفس في مكان خال، الأصل فيها الجواز، بل قد تكون مستحبة، إذا كانت للذكر والعبادة، ولقد حبب الخلاء إلى النبي ﷺ قبل البعثة، «فكان يخلو بغار حراء يتحنث فيه»، (٢) قال النووي: الخلوة شأن الصالحين وعباد الله العارفين. (٣)

والخلوة بمعنى الانفراد بالغير تكون مباحة بين الرجل والرجل، وبين المرأة والمرأة إذا لم يحدث ما هو محرم شرعا، كالخلوة لارتكاب معصية، وكذلك هي مباحة بين الرجل ومحارمه من النساء، وبين الرجل وزوجته.

(١) اللسان، المصباح المنير، مفردات الراغب مادة: «ستر».

(٢) حديث: «كان يخلو بغار حراء يتحنث فيه». أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٢٣ ـ ط السلفية) من حديث عائشة

(٣) شرح صحيح مسلم ٢/ ١٩٨

ومن المباح أيضا الخلوة بمعنى انفراد رجل بامرأة في وجود الناس، بحيث لا تحتجب أشخاصهما عنهم، بل بحيث لا يسمعون كلامهما.

فقد جاء في صحيح البخاري: «جاءت امرأة من الأنصار إلى النبي ﷺ فخلا بها»(١) وعنون ابن حجر لهذا الحديث بباب ما يجوز أن يخلو الرجل بالمرأة عند الناس، وعقب بقوله: لا يخلو بها بحيث تحتجب أشخاصهما عنهم، بل بحيث لا يسمعون كلامهما إذا كان بما يخافت به كالشيء الذي تستحي المرأة من ذكره بين الناس.(٢)

وتكون الخلوة حراما كالخلوة بالأجنبية على ما سيأتي تفصيله.

وقد تكون الخلوة بالأجنبية واجبة في حال الضرورة، كمن وجد امرأة أجنبية منقطعة في برية، ويخاف عليها الهلاك لو تركت.(٣)

الخلوة بالأجنبية:

٦ - الأجنبية: هي من ليست زوجة ولا محرما، والمحرم من يحرم نكاحها على التأبيد، إما بالقرابة، أو الرضاعة، أو المصاهرة،(١) ويحرم على الرجل الخلوة بها، والأصل في ذلك، قول النبي ﷺ: «لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم».(٢)

وقد اتفق الفقهاء على أن الخلوة بالأجنبية محرمة.

وقالوا: لا يخلون رجل بامرأة ليست منه بمحرم، ولا زوجة، بل أجنبية، لأن الشيطان يوسوس لهما في الخلوة بفعل ما لا يحل، قال ﷺ: «لا يخلون رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان».(٣)

وقالوا: إن أمّ بأجنبية وخلا بها، حرم ذلك عليه وعليها.

وقال الحنفية: الخلوة بالأجنبية حرام إلا لملازمة مديونة هربت، ودخلت خربة.(٤)

---

(١) حديث: «جاءت امرأة من الأنصار إلى النبي ﷺ...» أخرجه البخاري (الفتح ٩/ ٣٣٣ - ط السلفية) من حديث أنس بن مالك.

(٢) فتح الباري ٩/ ٣٣٣

(٣) البدائع ٥/ ١٢٥، ابن عابدين ٥/ ٢٣٥، ٢٣٦، الحطاب ٣/ ٤١٠، المجموع ٤/ ١٥٧ تحقيق المطيعي، المغني ٦/ ٥٥٣، منتهى الإرادات ٣/ ٧

(١) البدائع ٢/ ١٢٤

(٢) حديث: «لا يخلون رجل بامرأة إلا مع ذي محرم». أخرجه البخاري (الفتح ٩/ ٣٣١ - ط السلفية) من حديث عبدالله بن عباس.

(٣) حديث: «لا يخلون رجل بامرأة إلا كان ثالثهما الشيطان». أخرجه الترمذي (٤/ ٤٦٦ - ط الحلبي) من حديث عمر بن الخطاب، وقال: «حسن صحيح».

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم / ٢٨٨، والفواكه الدواني ٢/ ٤٠٩، ٤١٠، والمجموع ٤/ ١٥٥، ومطالب أولي النهى ٥/ ١٨، وشرح منتهى الإرادات ٣/ ٧

الخلوة بالأجنبية مع وجود غيرها معها:

٧ ـ اختلف الفقهاء في حكم خلوة الرجل بالأجنبية مع وجود أكثر من واحدة، وكذا خلوة عدد من الرجال بامرأة، ففصل الشافعية الحكم في ذلك، فقال إمام الحرمين: كما يحرم على الرجل أن يخلو بامرأة واحدة، كذلك يحرم عليه أن يخلو بنسوة، ولو خلا رجل بنسوة، وهو محرم إحداهن جاز، وكذلك إذا خلت امرأة برجال، وأحدهم محرم لها جاز، ولو خلا عشرون رجلا بعشرين امرأة، وإحداهن محرم لأحدهم جاز، قال: وقد نص الشافعي على أنه لا يجوز للرجل أن يصلي بنساء منفردات، إلا أن تكون إحداهن محرما له.

وحكى صاحب العدة عن القفال مثل الذي ذكره إمام الحرمين، وحكى فيه نص الشافعي في تحريم خلوة الرجل بنسوة منفردا بهن.

وقد ذكر صاحب المجموع بعد إيراد الأقوال السابقة أن المشهور جواز خلوة رجل بنسوة لا محرم له فيهن، لعدم المفسدة غالبا، لأن النساء يستحيين من بعضهن بعضا في ذلك.[(١)]

وفي حاشية الجمل: يجوز خلوة رجل بامرأتين ثقتين يحتشمهما وهو المعتمد. أما خلوة رجال بامرأة، فإن حالت العادة دون تواطئهم على وقوع فاحشة بها، كانت خلوة جائزة، وإلا فلا.[(١)] وفي المجموع: إن خلا رجلان أورجال بامرأة فالمشهور تحريمه، لأنه قد يقع اتفاق رجال على فاحشة بامرأة، وقيل: إن كانوا ممن تبعد مواطأتهم على الفاحشة جاز.[(٢)]

أما الحنفية فتنتفي عندهم حرمة الخلوة بوجود امرأة ثقة، وهذا يفيد جواز الخلوة بأكثر من امرأة، فقد ذكر ابن عابدين، أن الخلوة المحرمة بالأجنبية تنتفي بالحائل، وبوجود محرم للرجل معهما، أو امرأة ثقة قادرة.[(٣)]

وعند المالكية تكره صلاة رجل بين نساء أي بين صفوف النساء، وكذا محاذاته لهن بأن تكون امرأة عن يمينه وأخرى عن يساره، ويقال مثل ذلك في امرأة بين رجال، وظاهره، وإن كن محارم.[(٤)]

وعند الحنابلة تحرم خلوة الرجل مع عدد من النساء أو العكس كأن يخلو عدد من الرجال بامرأة.[(٥)]

الخلوة بالمخطوبة:

٨ ـ المخطوبة تعتبر أجنبية من خاطبها، فتحرم

---

(١) المجموع ٧/ ٦١، ٦٢

(١) حاشية الجمل ٤/ ٤٦٦

(٢) المجموع ٤/ ١٥٦

(٣) ابن عابدين ٥/ ٢٣٦

(٤) بلغة السالك والشرح الصغير ١/ ١٥٨، ١٥٩

(٥) شرح منتهى الإرادات ٣/ ٧

الخلوة بها كغيرها من الأجنبيات، وهذا باتفاق.[١]

الخلوة بالأجنبية للعلاج :

٩ - تحرم الخلوة بأجنبية ولو لضرورة علاج إلا مع حضور محرم لها، أو زوج، أو امرأة ثقة على الراجح، لأن الخلوة بها مع وجود هؤلاء يمنع وقوع المحظور، وهذا عند المالكية والشافعية والحنابلة.[٢] انظر مصطلح : (ضرورة).

إجابة الوليمة مع الخلوة :

١٠ - تجب إجابة الدعوة إلى الوليمة، أو تسن، إذا لم يترتب على الإجابة خلوة محرمة، وإلا حرمت، كما جاء عن الشافعية والحنابلة وهو المفهوم من كلام المالكية.[٣]
(ر: وليمة).

الخلوة بالأمرد :

١١ - تحرم الخلوة بالأمرد إن كان صبيحا، وخيفت الفتنة، حتى رأى الشافعية حرمة خلوة الأمرد بالأمرد وإن تعدد، أو خلوة الرجل بالأمرد وإن تعدد، فإن لم تكن هناك ريبة فلا تحرم، كشارع ومسجد مطروق. انظر مصطلح : (أمرد).[١]

الخلوة بالمحارم :

١٢ - ذهب الفقهاء إلى أنه يجوز خلوة الرجل بالمحارم من النساء. ونص الحنفية على أنه يجوز أن يسافر بها، ويخلو بها - يعني بمحارمه - إذا أمن على نفسه، فإن علم أنه يشتهيها أو تشتهيه إن سافر بها أو خلا بها، أو كان أكبر رأيه ذلك أو شك فلا يباح.[٢]

ومما يدخل في حكم الخلوة بالمحارم الخلوة بالمطلقة طلاقا رجعيا، مع اختلاف الفقهاء في اعتبار هذه الخلوة رجعة أم لا، على ما سيأتي بيانه، أما المطلقة طلاقا بائنا فهي كالأجنبية في الحكم.

الخلوة بالمعقود عليها:

١٣ - للخلوة بالمعقود عليها عند بعض الفقهاء أثر في تقرر المهر ووجوب العدة وغير ذلك، إلا أن الفقهاء يختلفون في تحديد الخلوة التي يترتب عليها ذلك الأثر.

---

(١) ابن عابدين ٥/ ٢٣٧، البناية في شرح الهداية ٣/ ٤٤٢، شرح البهجة ٤/ ٩٣، ٩٤، الفواكه الدواني ٢/ ٤١٠، مطالب أولي النهى ٥/ ١٢

(٢) الفواكه الدواني ٢/ ٤١٠، مغني المحتاج ٣/ ١٣٣، مطالب أولي النهى ٥/ ١٢

(٣) منح الجليل ٢/ ١٦٧، ١٦٨، حاشية الجمل على المنهاج ٤/ ٢٧٢، مطالب أولي النهى ٥/ ٢٣٤

(١) الموسوع الفقهية ٣/ ٢٥٢

(٢) الفتاوى الخانية بهامش الفتاوى الهندية ٣/ ٤٠٧

الخلوة التي يترتب عليها أثر:

١٤ ـ الخلوة التي يترتب عليها أثر هي الخلوة الصحيحة كما يقول الحنفية، أو خلوة الاهتداء كما يطلق عليها المالكية.

وهي عند الحنفية التي لا يكون معها مانع من الوطء، لا حقيقي ولا شرعي ولا طبعي.

أما المانع الحقيقي: فهو أن يكون أحدهما مريضا مرضا يمنع الجماع، أو صغيرا لا يجامع مثله، أو صغيرة لا يجامع مثلها، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء، لأن الرتق والقرن يمنعان من الوطء.

وتصح خلوة الزوج العنّين أو الخصي، لأن العنّة والخصاء لا يمنعان من الوطء، فكانت خلوتهما كخلوة غيرهما.

وتصح خلوة المجبوب في قول أبي حنيفة لأنه يتصور منه السحق والإيلاد بهذا الطريق، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تصح خلوة المجبوب لأن الجب يمنع من الوطء فيمنع صحة الخلوة كالقرن والرتق.

وأما المانع الشرعي: فهو أن يكون أحدهما صائما صوم رمضان أو محرما بحج أو بعمرة، أو تكون المرأة حائضا أو نفساء، لأن كل ذلك محرم للوطء، فكان مانعا من الوطء شرعا، والحيض والنفاس يمنعان منه طبعا أيضا لأنهما أذى، والطبع السليم ينفر من استعمال الأذى.

وأما في غير صوم رمضان فقد ذكر بشر عن أبي يوسف أن صوم التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذور لا تمنع صحة الخلوة. وذكر الحاكم في مختصره أن نفل الصوم كفرضه، فصار في المسألة روايتان، ووجه الرواية الأخيرة أن صوم التطوع يحرم الفطر من غير عذر فصار كحج التطوع وذا يمنع صحة الخلوة.

وفي رواية بشر أن صوم غير رمضان مضمون بالقضاء لا غير فلم يكن قويا في معنى المنع بخلاف صوم رمضان فإنه يجب فيه القضاء والكفارة.

وأما المانع الطبعي: فهو أن يكون معهما ثالث، لأن الإنسان يكره أن يجامع امرأته بحضرة ثالث، ويستحي فينقبض عن الوطء بمشهد منه، وسواء أكان الثالث بصيرا أم أعمى، يقظان أم نائما، بالغا، أم صبيا بعد، إن كان عاقلا، رجلا أو امرأة، أجنبية أو منكوحته، لأن الأعمى إن كان لا يبصر فهو يحس، والنائم يحتمل أن يستيقظ ساعة فساعة، فينقبض الإنسان عن الوطء، مع حضوره. والصبي العاقل بمنزلة الرجل يحتشم الإنسان منه كما يحتشم من الرجل. وإذا لم يكن عاقلا فهو ملحق بالبهائم، لا يمتنع الإنسان عن الوطء لمكانه، ولا يلتفت إليه، والإنسان يحتشم من المرأة الأجنبية، ويستحيي، وكذا لا يحل لها النظر إليهما فينقبضان لمكانها.

ولا تصح الخلوة في المسجد، والطريق، والصحراء، وعلى سطح لا حجاب عليه، لأن المسجد يجمع الناس للصلاة، ولا يؤمن من الدخول عليه ساعة فساعة، وكذا الوطء في المسجد حرام، قال عز وجل: ﴿ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد﴾.(١)

والطريق ممر الناس لا تخلو عنهم عادة، وذلك يوجب الانقباض فيمنع الوطء، وكذا الصحراء والسطح من غير حجاب، لأن الإنسان ينقبض عن الوطء في مثله لاحتمال أن يحصل هناك ثالث، أو ينظر إليه أحد.

ولو خلا بها في حجلة أو قبة فأرخى الستر عليه فهي خلوة صحيحة، لأن ذلك في معنى البيت.

ولا خلوة في النكاح الفاسد، لأن الوطء فيه حرام فكان المانع الشرعي قائما.(٢)

١٥ ـ وعند المالكية: الخلوة الصحيحة، وهي خلوة الاهتداء، من الهدوء والسكون، لأن كل واحد من الزوجين سكن للآخر واطمأن إليه، وهي المعروفة عندهم بإرخاء الستور، كان هناك إرخاء ستور، أو غلق باب، أو غيره. ومن الخلوة الصحيحة عندهم أيضا، خلوة الزيارة، أي زيارة أحد الزوجين للآخر. وتكون بخلوة

(١) سورة البقرة/ ١٨٧

(٢) البدائع ٢/ ٢٩٢ ـ ٢٩٣

بالغ ـ ولو كان مريضا ـ حيث كان مطيقا، ولو كانت ـ الزوجة التي يخلو بها ـ حائضا، أو نفساء، أو صائمة، وأن يكون غير مجبوب على المعتمد، خلافا للقرافي، وأن تكون بحيث يمكن شغلها بالوطء، فلا يكون معهما في الخلوة نساء متصفات بالعفة والعدالة، أو واحدة كذلك، وبحيث لا تقصر مدة الخلوة فلا تتسع للوطء، أما لو كان معها نساء من شرار النساء، فالخلوة مما يترتب عليها أثر، لأنها قد تمكن من نفسها بحضرتهن، دون المتصفات بالعفة والعدالة فإنهن يمنعنها.(١)

وجاء في بلغة السالك والشرح الصغير: أن الخلوة ـ سواء أكانت خلوة اهتداء أم خلوة زيارة ـ هي اختلاء البالغ غير المجبوب بمطيقة، خلوة يمكن فيها الوطء عادة، فلا تكون لحظة تقصر عن زمن الوطء وإن تصادقا على نفيه.(٢)

ولا يمنع من خلوة الاهتداء عندهم وجود مانع شرعي، كحيض، وصوم، وإحرام، لأن العادة أن الرجل إذا خلا بزوجته أول خلوة لا يفارقها قبل وصوله إليها.(٣)

١٦ ـ والخلوة لا يترتب عليها الأثر السابق عند الشافعية في الجديد لقول الله تعالى: ﴿وإن

(١) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٢/ ٤٦٨

(٢) بلغة السالك والشرح الصغير ١/ ٤٩٧، ٤٩٨

(٣) الشرح الصغير ١/ ٤١٣، ٤٩٨، جواهر الإكليل ١/ ٣٠٨

طلقتموهنَ من قبل أن تمسوهن . . . ﴾[1] الآية والمراد بالمس الجماع .[2]

١٧ ـ وقال الحنابلة : الخلوة التي يترتب عليها أثر هي الخلوة التي تكون بعيدا عن مميز، وبالغ مطلقا، مسلما أو كافرا، ذكرا أو أنثى، أعمى أو بصيرا، عاقلا أو مجنونا، مع علمه بأنها عنده، ولم تمنعه من الوطء إن كان الزوج يطأ مثله كابن عشر فأكثر، وكانت الزوجة يوطأ مثلها كبنت تسع فأكثر، فإن كان أحدهما دون ذلك لم يتقرر بالخلوة شيء، ولم يرتب لها أثر.

ولا يمنع أثر الخلوة نوم الزوج، ولا كونه أعمى، ولا وجود مانع حسي بأحد الزوجين كجب ورتق، ولا وجود مانع شرعي بهما، أو بأحدهما كحيض وإحرام وصوم واجب.

ومجرد الخلوة على الوجه السابق يترتب عليها آثارها، وقد قال الفراء في قوله تعالى : ﴿وقد أفضى بعضكم إلى بعض . . . ﴾[3] أنه قال : الإفضاء، الخلوة، دخل بها أو لم يدخل، لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء، وهو الخالي، فكأنه قال : وقد خلا بعضكم إلى بعض .[4]

(١) سورة البقرة/ ٢٣٧

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٢٢٥

(٣) سورة النساء/ ٢١

(٤) شرح منتهى الإرادات ٣/ ٧٦، ٨٣، المغني ٦/ ٧٢٤

آثار الخلوة :

أولا : أثرها في المهر :

١٨ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن مما يتأكد به المهر الخلوة الصحيحة التي استوفت شرائطها. فلو خلا الزوج بزوجته خلوة صحيحة ثم طلقها قبل الدخول بها في نكاح فيه تسمية للمهر يجب عليه المسمى، وإن لم يكن في النكاح تسمية يجب عليه كمال مهر المثل لقوله تعالى : ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض﴾ .[1]

وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب الصداق، دخل بها أو لم يدخل»[2] وهذا نص في الباب.

وروي عن زرارة بن أبي أوفى أنه قال: قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه إذا أرخى الستور وأغلق الباب فلها الصداق كاملا، وعليها العدة، دخل بها أو لم يدخل، حكى

(١) سورة النساء/ ٢٠، ٢١

(٢) حديث: «من كشف خمار امرأة ونظر إليها . . . » أخرجه الدارقطني (٣/ ٣٠٧ ـ ط دار المحاسن) من حديث محمد بن عبدالرحمن بن ثوبان مرسلا، وفي إسناده ضعف كذلك، فقد علقه عنه البيهقي في السنن (٧/ ٢٥٦ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) وقال: «وهذا منقطع، وبعض رواته غير محتج به».

الطحاوي في هذه المسألة إجماع الصحابة من الخلفاء الراشدين وغيرهم .

وذهب الشافعي في الجديد إلى أنه لا اعتبار بالخلوة في تقرر المهر. لقوله تعالى : ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم . . . ﴾[1] والمراد بالمس الجماع .[2]

ثانيا : أثرها في العدة:

١٩ ـ ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه تجب العدة على المطلقة بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد، فلا تجب في الفاسد إلا بالدخول، أما في النكاح الصحيح فتجب بالخلوة لقوله تعالى : ﴿ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾[3] ولأن وجوبها بطريق استبراء الرحم، والحاجة إلى الاستبراء بعد الدخول لا قبله، إلا أن الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة التي فيها حق الله تعالى، لأن حق الله تعالى يحتاط في إيجابه، ولأن التسليم بالواجب بالنكاح قد حصل بالخلوة الصحيحة فتجب به العدة كما تجب بالدخول، لأن الخلوة الصحيحة إنما أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة مع أنها ليست بدخول حقيقة لكونها سببا مفضيا إليه، فأقيمت مقامه احتياطا إقامة للسبب مقام المسبب فيما يحتاط فيه. ووجوب العدة عند المالكية بالخلوة الصحيحة حتى ولو نفى الزوجان الوطء فيها، لأن العدة حق الله تعالى فلا تسقط باتفاقهما على نفي الوطء.

وظاهر كلام الخرقي من الحنابلة كما ورد في المغني أنه لا فرق في وجوب العدة بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء أو مع عدمه، سواء كان المانع حقيقيا كالجب، والعنة، والفتق، والرتق، أو شرعيا كالصوم، والإحرام، والحيض، والنفاس، والظهار، لأن الحكم علق هاهنا على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها.

وفي الجديد عند الشافعية لا تجب العدة بالخلوة المجردة عن الوطء[1] لمفهوم قوله تعالى : ﴿ياأيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها . . . ﴾[2]

---

(١) سورة البقرة/ ٢٣٧

(٢) البدائع ٢/ ٢٩٤، الشرح الصغير ١/ ٤١٣ ط الحلبي، والزرقاني ٣/ ١٠، ومغني المحتاج ٣/ ٢٢٥، المغني ٦/ ٧٢٤

(٣) سورة الأحزاب/ ٤٩

---

(١) البدائع ٣/ ١٩١، الزرقاني ٤/ ١٩٩، مغني المحتاج ٣/ ٣٨٤، المغني ٧/ ٤٥١

(٢) سورة الأحزاب / ٤٩

ثالثا : أثر الخلوة في الرجعة :

٢٠ - ذهب الحنفية إلى أن الخلوة ليست برجعة، لأنه لم يوجد ما يدل على الرجعة لا قولا ولا فعلا. [١]

وذهب المالكية إلى أن شرط صحة الارتجاع علم الدخول وعدم إنكار الوطء، فإن أنكرته لم تصح الرجعة، وظاهره سواء اختلى بها في زيارة أو خلوة اهتداء، وهو أحد أقوال. الثاني أن ذلك في خلوة الزيارة، أما خلوة الاهتداء فلا عبرة بإنكارها وتصح الرجعة، ولا إن أقر به فقط في زيارة بخلاف البناء. والثالث، أنها إن كانت الزائرة صدق في دعواه الوطء فتصح الرجعة كخلوة البناء، وقال الصاوي تعليقا على قوله (وهو أحد أقوال) بقوله: ذكر في الشامل أن القول بعدم التفرقة بين الخلوتين هو المشهور. [٢]

وقال ابن قدامة: الخلوة كالإصابة في إثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلا بها في ظاهر قول الخرقي لقوله: حكمها حكم الدخول في جميع أمورها.

وقال أبو بكر: لا رجعة له عليها إلا أن يصيبها. [٣]

وللتفصيل ينظر مصطلح: (رجعة).

(١) الاختيار ٣/ ١٤٧

(٢) الشرح الصغير ١/ ٤٧٤

(٣) الشرح الصغير ١/ ٤٧٤، المغني ٧/ ٢٩٠، ٢٩١

رابعا: أثر الخلوة في ثبوت النسب :

٢١ - ذهب الحنفية إلى أن ثبوت النسب مما يترتب على الخلوة ولو من المجبوب، وقال ابن عابدين راويا عن ابن الشحنة في عقد الفرائد: إن المطلقة قبل الدخول لو ولدت لأقل من ستة أشهر من حين الطلاق ثبت نسبه للتيقن بأن العلوق كان قبل الطلاق، وأن الطلاق بعد الدخول، ولو ولدته لأكثر لا يثبت لعدم العدة، ولو اختلى بها فطلقها يثبت وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر، قال: ففي هذه الصورة تكون الخصوصية للخلوة. [١]

وذهب الشافعية إلى أن الزوجة تكون فراشا بمجرد الخلوة بها حتى إذا ولدت للإمكان من الخلوة بها لحقه، وإن لم يعترف بالوطء، لأن مقصود النكاح الاستمتاع والولد، فاكتفي فيه بالإمكان من الخلوة. [٢]

ويرى الحنابلة أن الخلوة يثبت بها النسب. [٣]

انظر: (نسب).

خامسا: أثر الخلوة بالنسبة لانتشار الحرمة :

٢٢ - من الآثار التي تترتب على الخلوة الصحيحة انتشار الحرمة، وقد ذكر ابن عابدين

(١) ابن عابدين ٢/ ٣٤١

(٢) شرح المنهاج للجلال المحلي ٤/ ٦١

(٣) منتهى الإرادات ٣/ ٢١٣

أن الخلوة الصحيحة تفيد حرمة نكاح الأخت وأربع سوى الزوجة في عدتها. (١)

أما بالنسبة لتحريم بنت الزوجة فقد اختلف فيه، فروى ابن عابدين عن الفتاوى الهندية أن الخلوة بالزوج لا تقوم مقام الوطء في تحريم بنتها. وقال ابن عابدين في نوادر أبي يوسف: إذا خلا بها في صوم رمضان، أو حال إحرامه لم يحل له أن يتزوج بنتها، وقال محمد: يحل، فإن الزوج لم يجعل واطئا، حتى كان لها نصف المهر.

ثم قال ابن عابدين: وظاهره أن الخلاف في الخلوة الفاسدة، أما الصحيحة فلا خلاف في أنها تحرم البنت. (٢)

وقال ابن قدامة: الدخول بالأم يحرم البنت، لقوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾. (٣)

وهذا نص والمراد بالدخول في الآية الوطء كنى عنه بالدخول، فإن خلا بها ولم يطأها لم تحرم ابنتها، لأن الأم غير مدخول بها، وظاهر قول الخرقي تحريمها لقوله: فإن خلا بها، وقال لم أطأها، وصدقته، لم يلتفت إلى قولها، وكان حكمها حكم الدخول. (١)

وذكر ابن قدامة في موضع آخر خلافا في تحريم الربيبة فقال: وأما تحريم الربيبة فعن أحمد أنه يحصل بالخلوة، وقال القاضي وابن عقيل: لا تحرم، وحمل القاضي كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة، فيخرج كلامه على إحدى الروايتين في أن ذلك يحرم، والصحيح أنه لا يحرم، لقوله تعالى: ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ والدخول كناية عن الوطء والنص صريح في إباحتها بدونه، فلا يجوز خلافه. (٢)

(ر: نكاح - صهر - محرمات).



(١) ابن عابدين ٢/ ٣٤١ نشر دار إحياء التراث.

(٢) ابن عابدين ٢/ ٢٧٨، الطبعة السابقة، الفتاوى البزازية بهامش الفتاوى الهندية ٤/ ١٤١

(٣) سورة النساء/ ٢٣

(١) المغني ٦/ ٧٢٥

(٢) المغني ٦/ ٥٧٠

خلوّ

التعريف :

١ - الخلو لغة مصدر خلا، يقال خلا المكان أو الإناء خلوّا وخلاء إذا فرغ مما به، وخلا المكان من أهله وعن أهله، وخلا فلان من العيب: برىء منه. وخلا بصاحبه خَلوا، وخلوة وخلوّا وخلاء انفرد به في خلوة، وأخلى له الشيء: فرغ له عنه، وأخلى المكان والإناء وغيرهما: جعله خاليا. [١]

والخلو في الاصطلاح يكون بمعنيين:

الأول: الخلو بمعنى الانفراد يقال: خلوت بنفسي أو خلوت بفلان والخلو أيضا: الانفراد بالزوجة، بأن يغلق الرجل الباب على زوجته وينفرد بها. وأكثر ما يسمى هذا النوع خَلوة، ولذا تنظر أحكامه تحت عنوان: (خلوة).

والثاني: وليس معروفا في كتب اللغة، ولكن يوجد بهذا المعنى في كتب متأخري الفقهاء، فإنهم يستعملونه بمعنى المنفعة التي يملكها المستأجر لعقار الوقف مقابل مال يدفعه إلى الناظر لتعمير الوقف إذا لم يوجد ما يعمر به، على أن يكون له جزء من منفعة الوقف، معلوم بالنسبة كنصف أو ثلث، ويؤدي الأجرة لحظ المستحقين عن الجزء الباقي من المنفعة وينشأ ذلك بطرق مختلفة سيأتي بيان بعضها.

وعرفه الزرقاني بتعريف أعم فقال: هو اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع في مقابلتها الدراهم. [١]

وأطلق الخلو أيضا على حق مستأجر الأرض الأميرية في التمسك بها إن كان له فيها أثر من غراس أو بناء أو كبس بالتراب على أن يؤدي ما عليها من الحقوق لبيت المال، وهذا النوع الثاني سماه بعض متأخري المالكية خلوّا، وفي أكثر كلام الشيخ عليش قال: هو ملحق بالخلوّ، وقال في موضع: يكون خلوّا. ووقع في بعض كلامه إطلاق الخلو على نفس البناء والغرس ونحوهما، الذي يقيمه من بيده عقار وقف أو أرض أميرية. [٢]

وفي كلام الدسوقي مثل ذلك. [٣] ويكون الخلو في العقارات المملوكة أيضا.

---

(١) المعجم الوسيط.

(١) الزرقاني ٦/١٢٧

(٢) ابن عابدين، وقانون العدل والإنصاف لقدري باشا (مادة ٣٦٠، ٣٦١) والفتاوى الهندية ٥/٦١، ومرشد الحيران م٥٩٨، والفتاوى الخيرية ٢/١٩٨. وفتح العلي المالك ٢/٢٤٣، ٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير في باب الغصب ٣/٤٣٢، ٤٦٧

ولعل أصل استعمال لفظ الخلو بهذا الاصطلاح أنه أطلق أولا على خلوّ العقار أي إفراغه والتخلي عنه لغير من هو بيده. [١] وأطلق على البدل النقدي الذي يأخذه مالك هذا الحق مقابل التخلي عنه، ثم أطلق على المنفعة المتخلّى عنها نفسها. وقد وقع بهذه المعاني كلها في كلام الشيخ عليش. [٢]

وقد ذكر البناني في حاشيته على شرح الزرقاني أن الخلو في الأوقاف سماه شيوخ المغاربة في فاس بالجلسة. [٣]

الألفاظ ذات الصلة :

أ - الحكر :

٢ - الحكر بفتح الحاء قال في اللسان هو إدخار الطعام للتربص. وقال ابن سيده: الاحتكار جمع الطعام ونحوه مما يؤكل واحتباسه انتظار وقت الغلاء به. [٤]

والاحتكار أيضا، والاستحكار عقد إجارة يقصد بها استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو أحدهما. [٥]

(١) الفتاوى الخيرية ١/ ١٨٠

(٢) انظر مثلا: فتح العلي المالك ٢/ ٢٥٠

(٣) البناني على الزرقاني ٦/ ١٢٨

(٤) لسان العرب.

(٥) ابن عابدين ٥/ ٢٠ نقلا عن الفتاوى الخيرية. ومرشد الحيران لقدري باشا (م٥٩٠) ط بولاق ١٣٠٨هـ.

أما الحكر بكسر الحاء فلم نجده في معاجم اللغة القديمة، وفي المعجم الوسيط هو العقار المحبوس، ويرد في كلام متأخري الفقهاء بمعنى الأجرة المقررة على عقار الوقف ونحوه تؤخذ ممن له فيه بناء أو غراس، وإذا انتقل العقار من يد إلى يد انتقل الحكر معه يدفع لحظ مستحقي الوقف.

قال الشيخ عليش: من استولى على الخلو يكون عليه لجهة الوقف أجرة للذي يؤول إليه الوقف يسمى عندنا بمصر حكرا لئلا يذهب الوقف باطلا، ولا يصح الاحتكار إلا إذا كان بأجرة المثل ولا تبقى على حال واحدة بل تزيد الأجرة وتنقص باختلاف الزمان. [١]

ب - الفراغ والإفراغ :

٣ - يظهر من استعمال الفقهاء لهذين اللفظين أن المراد بهما التنازل عن حق من مثل وظيفة لها راتب من وقف ونحوه. [٢] أو التنازل عن الخلوّ من مالكه لغيره بعوض، فهو بيع للمنفعة المذكورة، إلا أنه خص باسم الإفراغ تمييزا له عن البيع الذي ينصرف عنه الإطلاق إلى بيع الرقبة، ولعله إنما سمي فراغا لأن مالكه

(١) فتح العلي المالك - فتاوى الشيخ عليش ٢/ ٢٤٣ القاهرة، مصطفى الجلبي ١٣٧٨هـ، وقانون العدل والإنصاف (مادة ٣٣٦) وابن عابدين ٤/ ١٨

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٨٦ و٤/ ١٤، ٥/ ١٨

لا يملك رقبة الأرض بل يملك حق التمسك بالعقار أو بعض المنفعة. وقد وقع بهذا المعنى في كلام الشيخ عليش.[١]

ووجه التسمية بذلك أن الفراغ الخلاء، والإفراغ الإخلاء، فالمتنازل يفرغ المحل من حقه ليكون الحق لغيره.

ج ـ الجدك أو الكدك :

٤ ـ ١ ـ أكثر ما يطلق على ما يضعه في الحانوت مستأجر من الأعيان المملوكة له المتصلة بمبنى الحانوت اتصال قرار، أي «وضع لا ليفصل» كالبناء، وسمي هذا النوع في بعض الفتاوى بالسكنى.[٢]

٢ ـ ويطلق على ما يوضع في الحانوت متصلا لا على سبيل القرار، وذلك كالرفوف التي تركب في الحانوت لوضع عدة الحلاق مثلا فإنها متصلة لا على وجه القرار.

٣ ـ ويطلق على المنفعة المقابلة للدراهم التي يدفعها صاحبها إلى المالك أو ناظر الوقف لتستعمل في مرمّة الوقف أو بناء الأرض الموقوفة عند عدم وجود ما يرمّ به أو يبنى، ويشترط دافعها أن تكون له حق القرار في المحل المستأجر

(١) فتح العلي المالك ٢ / ٢٥٠

(٢) حاشية الأشباه للحموي ١ / ١٣٦، والفتاوى الحامدية ٢ / ١٩٩، ٢٠٠

وجزء من المنفعة وهي التي سبق تسميتها بالخلوّ.

٤ ـ ويطلق على الأعيان التي توضع للاستعمال في الحانوت دون اتصال أصلا كالبكارج والفناجين بالنسبة للمقاهي، والفوط بالنسبة للحمام.[١]

والفرق بين الجدك وبين الخلو، أن صاحب الخلو يملك جزءا من منفعة الوقف ولا يملك الأعيان التي أقيمت في حوانيت الوقف بمال المستأجر فإنها قد أقيمت فيه على أنها وقف، أما الجدك فهو أعيان مملوكة لمستأجر الحانوت.[٢]

د ـ الكردار :

٥ ـ هو ما يحدثه المزارع والمستأجر في الأراضي الموقوفة من بناء أو غراس أو كبس بالتراب بإذن الواقف أو الناظر فتبقى في يده[٣] والمراد بكبس التراب ما ينقله من التراب إلى تلك الأرض لإصلاحها إذا أتى به من خارجها[٤] فالكردار أعيان مملوكة للمستأجر في الأرض الزراعية.

هـ ـ المُرصَد :

٦ ـ هو أن يستأجر رجل عقار الوقف من دار أو

(١) رد المحتار ٤ / ١٧ والبكارج أباريق الشاي.

(٢) مرشد الحيران م٥٩٦، ٥٩٧

(٣) الفتاوى الخيرية ١ / ١٨٠، والفتاوى الحامدية ٢ / ١٩٩ نقلا عن المغرب والقاموس.

(٤) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢ / ١٩٩، ومرشد الحيران م٥٩٦

حانوت مثلا ويأذن له المتولي بعمارته أو مرمّته الضرورية من ماله عند عدم مال حاصل في الوقف، وعدم من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميره أو مرمّته بها، فيعمره المستأجر من ماله على قصد الرجوع بذلك في مال الوقف عند حصوله أو اقتطاعه من الأجر في كل سنة أو شهر مثلا، وهذه العمارة ليست ملكا للمستأجر بل هي وقف، فلا تباع ولا يصح بيع المستأجر لذلك الدين، لأن الدين لا يجوز بيعه.

ولكن إذا أراد المستأجر الخروج من الدكان يجوز له قبض دينه من المستأجر الجديد ويصير ذلك له كما كان للمستأجر السابق. [1]

والمرصد هو ذلك الدين المستقر على الوقف بهذه الصفة.

فالفرق بينه وبين الخلو أن صاحب الخلو يكون حقه ملكا في منفعة الوقف، وصاحب المرصد يكون له دين معلوم على الوقف. [2]

و ـ مشد المسكة:

٧ ـ مشد المسكة اصطلاح للحنفية المتأخرين يقصدون به استحقاق الزراعة في أرض الغير، وهو من المسكة لغة وهي ما يتمسك به، قال ابن عابدين: فكأن المسلم للأرض (أي الأرض المملوكة لبيت المال غالبا) المأذون له من صاحبها

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢ / ٢٠٠ .

(٢) مرشد الحيران م٥٩٩

في الحرث صار له مسكة يتمسك بها في الحرث فيها. قال: وحكمها أنها لا تقوم، فلا تملك ولا تباع ولا تورث. [1]

حقيقة ملك الخلو عند من قال به:

٨ ـ قال العدوي من المالكية: اعلم أن الخلو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع إذ مالك الانتفاع ينتفع بنفسه ولا يؤجر ولا يهب ولا يعير. ومالك المنفعة له تلك الثلاثة مع انتفاعه بنفسه. قال: والفرق بينهما أن مالك الانتفاع يقصد ذاته مع وصفه، كإمام وخطيب ومدرس وقف عليه بالوصف المذكور، بخلاف مالك المنفعة. ثم إن من ملك الانتفاع وأراد أن ينتفع غيره به، فإنه يسقط حقه منه ويأخذه الغير على أنه أهله حيث كان من أهله، والخلو من ملك المنفعة فلذلك يورث. [2]

وصرح البهوتي من الحنابلة كذلك بأن الخلو المشترى بالمال يكون من باب ملك المنفعة. [3]

أحكام الخلو:

٩ ـ تنقسم العقارات من حيث اختلاف أحكام الخلو فيها إلى ثلاثة أقسام:

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢ / ١٩٨، وقانون العدل والإنصاف في القضاء على مشكلات الأوقاف لقدري باشا (مادة ٣٣٠).

(٢) العدوي على الخرشي ٧ / ٧٩، وانظر مثل كلامه عند الزرقاني أول باب العارية ٦ / ١٢٧ و١٢٨

(٣) مطالب أولي النهى ٤ / ٣٧٠

١ - عقارات الأوقاف.

٢ - الأراضي الأميرية - أراضي بيت المال -

٣ - العقارات المملوكة ملكا خاصا.

ويقسم البحث إلى ثلاثة أقسام تبعا لذلك.

القسم الأول - الخلو في عقارات الأوقاف:

أحوال نشوء الخلو في عقارات الأوقاف:

ينشأ الخلو في عقارات الأوقاف في أحوال منها:

١٠ - **الحالة الأولى**: أن ينشأ باتفاق بين الواقف أو الناظر وبين المستأجر.

وهذه الحال لم نجد في كلام الشافعية تعرضا لها، وقد قال بها متأخرو المالكية وبعض متأخري الحنابلة ونقلها عن المالكية متأخرو الحنفية.

قال العدوي من المالكية: اعلم أن الخلو يصور بصور منها:

١١ - **الصورة الأولى**: أن يكون الوقف آيلا للخراب، فيؤجره ناظر الوقف لمن يعمره بحيث يصير الحانوت مثلا يكرى بثلاثين دينارا في السنة، ويجعل عليه لجهة الوقف خمسة عشر، فتصير المنفعة مشتركة بين المكتري وبين جهة الوقف. وما قابل الدراهم المصروفة في التعمير هو الخلو. قال: وشرط جوازه أن لا يوجد للوقف ريع يعمر به الوقف.

١٢ - **الصورة الثانية**: أن يكون لمسجد مثلا حوانيت موقوفة عليه، واحتاج المسجد للتكميل أو العمارة، ولا يكون الريع كافيا للتكميل أو العمارة، فيعمد الناظر إلى مكتري الحوانيت فيأخذ منه قدرا من المال يعمر به المسجد، وينقص عنه من أجرة الحوانيت مقابل ذلك، بأن تكون الأجرة في الأصل ثلاثين دينارا في كل سنة، فيجعلها خمسة عشر فقط في كل سنة، وتكون منفعة الحوانيت المذكورة شركة بين ذلك المكتري وبين جهة الوقف، وما كان منها لذلك المكتري هو الخلو، والشركة بحسب ما يتفق عليه صاحب الخلو وناظر الوقف على وجه المصلحة.

١٣ - **الصورة الثالثة**: أن تكون أرض موقوفة ولم يكن هناك ريع تعمر به وتعطلت بالكلية على ما ذكره الدردير فيستأجرها من الناظر ويبني فيها أي للوقف، دارا مثلا على أن عليه لجهة الوقف في كل شهر ثلاثين درهما، ولكن الدار بعد بنائها تكرى بستين درهما. فالمنفعة التي تقابل الثلاثين الأخرى يقال لها الخلو. (١)

قال الشيخ عليش في الصورة الثالثة: هذا الذي أفتى به علماؤنا ووقع العمل به من غير نزاع. قال: ويجب تقييد هذا بما إذا بيّن الملكية (أي ثبت بالبينة على أنه ينوي أنه يملك ما يقابل البناء أو الغرس وهو حق الخلو وأنه لم يبنه

---

(١) العدوي على الخرشي ٧/ ٧٩ بيروت، دار صادر، والشرح الكبير مع الدسوقي ٣/ ٤٦٧

متبرعا به للوقف) قال: أما إن بين التحبيس، أو لم يبين شيئا فالبناء والغرس وقف على المشهور، لا حقّ فيهما لورثة الباني والغارس، لأن المحبس عليه إنما بنى للوقف، وملكه فهو محوز بحوز الأصل.

وهذه الصورة هي في حال بناء الموقوف عليه ونحوه أو غرسه في الأرض الموقوفة، أما لو بنى الأجنبي في الوقف شيئا فإنه يكون ملكا، والغرس كالبناء، وإذا كان ملكا فله نقضه أو قيمته منقوضا إن كان في الوقف ما يدفع منه ذلك، هذا إن كان ما بناه لا يحتاج إليه الوقف، وإلا فيوفى ثمنه من الغلة قطعا، بمنزلة ما إذا بناه الناظر.[1]

١٤ ـ الصورة الرابعة: أن يريد الواقف بناء محلات للوقف، فيأتي له أشخاص يدفعون له دراهم على أن يكون لكل شخص محل من تلك المحلات يسكنها بأجرة معلومة يدفعها كل شهر، فكأن الواقف باعهم حصة من تلك المحلات قبل التحبيس وحبّس الباقي، فليس للواقف تصرف في تلك المحلات، لكن له الأجرة المعلومة كل شهر أو كل سنة، وكأن دافع الدراهم شريك للواقف بتلك الحصة.[2]

(١) فتح العلي المالك ٢/٢٤٣، ٢٤٤، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤٢٣ أو باب العارية.

(٢) فتح العلي المالك ٢/٢٤٩، ٢٥٠

وقال خير الدين الرملي الحنفي في مثل هذه الصورة الرابعة: «ربما بفعله تكثر الأوقاف، ومما بلغني أن بعض الملوك عمر مثل ذلك بأموال التجار، ولم يصرف عليه من ماله الدرهم والدينار، بل فاز بقربة الوقف، وفاز التجار بالمنفعة، وكان النبي ﷺ: يحب ما خفف على أمته[1] والدين يسر ولا مفسدة في ذلك في الدين». ا. هـ[2].

١٥ ـ صورة خامسة تضاف إلى الصور التي ذكرها العدوي: وهي أن يشترى حق الخلو شراء من الناظر ولو لمصلحة الموقوف عليهم من غير أن يكون النفع يحتاج إليه الوقف نفسه، فظاهر كلام العدوي نفسه وكلام غيره عدم صحة ذلك في الوقف كما يأتي في شروط صحة الخلو. ووجهه والله أعلم أنه يكون كبيع جزء من العقار الموقوف، إذ أن قيمته إذا كان محملا بحق الخلو تنقص عن قيمته إذا لم يكن محملا بذلك الحق، وجاز في الصور الأربع السابقة لأنه يكون قد نقص من الوقف ليعيده فيه مع حاجة الوقف إلى ذلك. ولذلك فإن الحنابلة لما أجازوا بيع الوقف إذا خرب وتعطل، قال البهوتي:

(١) «كان يحب ما يخفف على أمته». يستنبط ذلك من قوله ﷺ: «يسروا ولا تعسروا» أخرجه البخاري (الفتح ١٠/٥٢٤ ـ ط السلفية) من حديث أنس بن مالك.

(٢) الفتاوى الخيرية ١/١٨٠

الخلوات المشهورة ممكن تخريجها عندنا من هذه المسألة - أي مسألة بيع الوقف الخرب - مع ما تقدم من جواز بيع المنفعة مفردة عن العين كعلو بيت يبنى عليه، إذ العوض فيها مبذول في مقابلة جزء من المنفعة، فإذا كانت أجرة الدار عشرين مثلا، ودفع لجهة الوقف شيئا معلوما على أن يؤخذ منه عشرة فقط فقد اشترى نصف المنفعة وبقي للوقف نصفها، فيجوز ذلك في الحالة التي يجوز فيها بيع الوقف، بل هذا أولى، لأن فيه بقاء عين الوقف في الجملة.

ونقل هذا صاحب مطالب أولي النهى ولم يعترض عليه.[1]

وواضح أن البهوتي لا يرى جواز إنشاء الخلو بمال على الإطلاق، بل حيث يجوز بيع الوقف لإصلاح باقيه، وحاصل شروط ذلك عند الحنابلة أنه يصح بيع بعض الوقف لإصلاح باقيه إذا لم تمكن إجارته وأن يتحد الواقف والجهة إن كانا عينين فتباع إحداهما لإصلاح الأخرى، أو كان عينا واحدة يمكن بيع بعضها لإصلاح باقيها.[2]

وكذلك صورة ما لو استقر في عقار الوقف المدة الطويلة لا يعطيه ذلك حق الخلو، ولا يلزم الناظر أن يؤجره له بل له أن يخرجه إن شاء متى انتهت إجارته، لكن إن كان للمستأجر بناء ونحوه مما يسمى الجدك أو الكردار في الأرض فإذا لم يدفع أجرة المثل يؤمر برفعه وإن كان موضوعا بإذن الواقف أو إذن أحد النظار.[1]

ولو تلقى المستأجر العقار عن مستأجر قبله بمال فلا ينشأ عن ذلك حق الخلو. قال ابن عابدين: أما ما يتمسك به صاحب الخلو من أنه اشترى خلوه بمال كثير وأنه بهذا الاعتبار (ينبغي أن) تصير أجرة الوقف شيئا قليلا، فهو تمسك باطل، لأن ما أخذه منه صاحب الخلو الأول لم يحصل منه نفع للوقف، فيكون الدافع هو المضيع لماله، فكيف يحل له ظلم الوقف، بل يجب عليه دفع أجرة مثله.[2]

الحكم في لزوم الخلو في الحال الأولى بصورها الأربع أو عدم لزومه:

١٦ - الخلو الذي ينشأ للمستأجر مقابل مال يدفعه إلى ناظر الوقف اعتبره الحنفية نوعا من بيع الحقوق المجردة، والحقوق المجردة كحق الشفعة والوظائف في الأوقاف من إمامة وخطابة وتدريس في جواز النزول عنها بمال قولان عند الحنفية مبنيان على اعتبار العرف الخاص أو عدم اعتباره. فمن قال بعدم اعتباره، وعليه

(١) مطالب أولي النهى في مسألة بيع الوقف المتعطل ٤ / ٣٧٠ دمشق، المكتب الإسلامي (د.ت)
(٢) مطالب أولي النهى ٤ / ٣٦٩

(١) ابن عابدين ٤ / ١٦
(٢) ابن عابدين ٤ / ١٦

المذهب عند الحنفية، قال لا يجوز بيع الحقوق المجردة ومنها الخلو. قال الشهيد: لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ بل نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الأول، فيكون ذلك دليلا على تقرير النبي ﷺ إياهم على ذلك فيكون شرعا منه، فإذا لم يكن كذلك لا يكون فعلهم حجة إلا إذا كان من الناس كافة في البلدان فيكون إجماعا. وليس كذلك شأن الخلو. ا. هـ.

قال الشرنبلالي وأقره ابن عابدين: ولأنه يلزم من عدم إخراج صاحب الحانوت لصاحب الخلو حجر الحر المكلف عن ملكه وإتلاف ماله. وفي منع الناظر من إخراجه تفويت نفع الوقف وتعطيل ما شرطه الواقف من إقامة شعائر مسجد ونحوه.[(١)]

وقال الحصكفي: لكن أفتى كثيرون باعتبار العرف الخاص، وبناء عليه يفتى بجواز النزول عن الوظائف بمال، وبلزوم خلو الحوانيت، فيصير الخلو في الحانوت حقا له، فليس لرب الحانوت إخراجه منها ولا إجارته لغيره، قال: وقد وقع في حوانيت الجملون في الغورية أن السلطان الغوري لما بناها أسكنها للتجار بالخلو، وجعل لكل حانوت قدرا أخذه منهم، وكتب ذلك بمكتوب الوقف.

ونازع بعضهم في بناء الخلاف في ذلك على القولين في العرف الخاص.

وقد مال الحموي إلى عدم إثبات الخلو وعدم صحة بيعه ونقله عن شيخه وأنه ألف في ذلك رسالة سماها «مفيدة الحسنى في منع ظن الخلو بالسكنى».[(١)]

قال ابن عابدين: وممن أفتى بلزوم الخلو الذي يكون مقابل مال يدفعه للمالك أو متولي الوقف العلامة المحقق عبدالرحمن العمادي قال: فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم، فيفتى بجواز ذلك للضرورة قياسا على بيع الوفاء الذي تعارفه المتأخرون. ا. هـ[(٢)]

وفي الفتاوى الخيرية للرملي الحنفي ما يفيد أن الخلاف في هذه المسألة معتبر - يعني خلاف الذي أفتى به من المالكية، وهو الشيخ ناصر اللقاني ومن تابعه كما يأتي بيانه، قال: فيقع اليقين بارتفاع الخلاف بالحكم (أي حكم القاضي) حيث استوفى شرائطه من مالكي يراه، أو غيره، فيصح الحكم ويرتفع الخلاف،

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٤/١٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم مع حاشية الحموي في شرح قاعدة (العادة محكّمة) ١/١٣٦

(١) ابن عابدين ٤/١٤، ١٥، ١٦، والأشباه مع حاشيته ١/١٣٥، ١٣٩

(٢) ابن عابدين ٤/١٧

خصوصا فيما للناس إليه ضرورة ولا سيما في المدن المشهورة كمصر ومدينة الملك ـ يعني استانبول ـ فإنهم يتعاطونه ولهم فيه نفع كلي يضر بهم نقضه وإعدامه.[(١)] هذا ماذكره الحنفية.

أما المالكية فإن أول فتيا منقولة عندهم هي ما أفتى به الشيخ ناصر الدين اللقاني في إنشاء الخلو وتملكه وجريان الإرث فيه، ونصها ما أورده الشيخ عليش كما يلي: (سئل العلامة الناصر اللقاني) بما نصه: ما تقول السادة العلماء أئمة الدين رضي الله عنهم أجمعين في خلوات الحوانيت التي صارت عرفا بين الناس في هذه البلدة وغيرها، وبذلت الناس في ذلك مالا كثيرا حتى وصل الحانوت في بعض الأسواق أربعمائة دينار ذهبا فهل إذا مات شخص وله وارث شرعي يستحق خلو حانوته عملا بما عليه الناس أم لا، وهل إذا مات من لا وارث له يستحق ذلك بيت المال أم لا، وهل إذا مات شخص وعليه دين ولم يخلف ما يفي بدينه يوفى ذلك من خلو حانوته؟[(٢)]

أفتونا مأجورين.

فأجاب بما نصه: الحمد لله رب العالمين: نعم إذا مات شخص وله وارث شرعي يستحق خلو حانوته عملا بما عليه الناس، وإذا مات من لا وارث له يستحق ذلك بيت المال، وإذا مات شخص وعليه دين ولم يخلف ما يفي بدينه فإنه يوفى من خلو حانوته. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب كتبه الناصر اللقاني المالكي حامدا مصليا مسلما.

وأوردها الزرقاني ونقل أن التعويل في هذه المسألة على هذه الفتيا.

وقال الحموي من الحنفية: ليس فيها نص عن مالك وأصحابه، والتعويل فيها على فتوى اللقاني والقبول الذي حظيت به وجرى عليه العمل.[(١)]

وقال الغرقاوي من المالكية: إن فتوى الناصر اللقاني مخرجة على النصوص، وقد أجمع على العمل بها واشتهرت في المشارق والمغارب وانحط العمل عليها ووافقه عليها من هو مقدم عليه كأخيه الشيخ شمس الدين محمد اللقاني.[(٢)]

حق مالك الخلو في الاستمرار في العقار إن كان مقابل مال (أي في الحال الأولى):

١٧ ـ حيث جرى العرف عند إنشاء الخلو على استمرار حق صاحبه يحمل عليه عند الإطلاق، قال العدوي: جرى العرف عندنا بمصر أن الأحكار مستمرة للأبد، وإن عين فيها وقت

---

(١) الفتاوى الخيرية ١/ ١٨٠ ونقله عنها ابن عابدين ٤/ ١٧

(٢) فتح العلي المالك ٢/ ٢٤٩، ٢٥٠، والزرقاني على مختصر خليل ٦/ ١٢٨

(١) الحموي على الأشباه والنظائر (ضمن الكلام على قاعدة: العادة محكمة) ١/ ١٣٧، ١٣٨

(٢) كلام الغرقاوي هو في رسالة في الخلو طبعتها وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت.

الإجارة مدة، فهم لا يقصدون خصوص تلك المدة، والعرف عندنا كالشرط، فمن احتكر أرضا مدة ومضت فله أن يبقى وليس للمتولي أمر الوقف إخراجه، نعم إن حصل ما يدل على قصد الإخراج بعد المدة وأنها ليست على الأبد فإنه يعمل بذلك.[١]

لكن قال الشيخ عليش: يرد عليه أن ضرب الأجل يصير لا فائدة فيه، إلا أن يقال: ضربه في مقابلة المقبوض ومعه تأبيد الحكر، فتكون الدراهم عجلت في نظير شيئين: الأجل المضروب، والتأبيد بالحكر، وينظر في ذلك.[٢]

وإنما تصح هذه المسألة إن كانت تلك البلد قد جرى فيها ذلك العرف، فيقوم مقام الشرط، وإلا فلا، قال الدسوقي: يجوز استئجار شيء مؤجر مدة تلي مدة الإجارة الأولى للمستأجر نفسه أو لغيره، ما لم يجر عرف بعدم إيجارها إلا للأول، كالأحكار بمصر، وإلا عمل به، لأن العرف كالشرط، وصورة ذلك إذا استأجر إنسان دارا موقوفة مدة معينة وأذن له الناظر بالبناء فيها ليكون له خلوا وجعل له حكرا كل سنة لجهة الوقف فليس للناظر أن يؤاجرها لغير مستأجرها مدة إيجار الأول لجريان العرف بأنه لا يستأجرها إلا الأول، والعرف كالشرط، فكأنه اشترط عليه ذلك في صلب العقد.[١]

وقد بين الدسوقي أن استحقاق مالك الخلو في استئجار عقار الوقف لمدة لاحقة لا يصح إلا إن كان يدفع من الأجر مثل ما يدفع غيره وإلا جاز إيجارها للغير.[٢] وقال مثل ذلك ابن عابدين قال: وهو مقيد أيضا بما قلناه من أن يدفع أجر المثل، وإلا كانت سكناه بمقابلة ما دفعه من الدراهم عين الربا، كما قالوا فيمن دفع للمقرض دارا ليسكنها إلى أن يستوفي قرضه: يلزمه أجرة مثل الدار.[٣]

وقد بين الزرقاني أن الاستمرار في المأجور هو الفائدة في الخلو إذ هو الفرق بينه وبين الإجارة المعتادة، قال: «المستأجر مالك المنفعة فما معنى الخلو وما فائدته، إلا أن يقال في فائدته إنه ليس لمن له التصرف في المنفعة التي استأجرها سواء كان مالكا أو ناظرا أن يخرجها عنه، وإن كانت الإجارة مشاهرة، فتأمله»[٤]

وفي حاشية البناني أن مستند المالكية في إثبات حق الاستمرار إنما هو المصلحة قال: وقعت الفتوى من شيوخ فاس المتأخرين كالشيخ القصار، وابن عاشر، وأبي زيد

---

(١) العدوي على الخرشي ٧/ ٧٩

(٢) فتح العلي المالك ٢/ ٢٥٠ ومابعدها.

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ١١

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ١١

(٣) ابن عابدين ٤/ ١٧

(٤) الزرقاني على خليل ٦/ ١٢٨

الفاسي، وعبد القادر الفاسي، وأضرابهم بمثل فتوى الناصر اللقاني وأخيه شمس الدين جرى العرف بها لما فيها من المصلحة فهي عندهم كراء على التبقية.[1]

مقدار الأجرة (الحكر) التي يدفعها صاحب الخلو:

١٨ - لا يخفى أن الوقف إنما يؤجر بأجر المثل ولا يجوز أن ينقص عن أجر المثل إلا بالقدر الذي يتغابن الناس به عادة، والمشهور عند الحنفية والمالكية أنه لا تؤجر دار الوقف أو دكانه لأكثر من سنة، وأرض الوقف أكثر من ثلاث سنين، وفي ذلك خلاف وتفصيل ينظر في مباحث الإجارة.

قال الحنفية: إن زادت أجرة المثل في أثناء المدة زيادة معتبرة وجب فسخ العقد وإجارته بأجر المثل ما لم يقبل المستأجر الزيادة. أما إذا انتهت المدة فللناظر إجارته للمستأجر الأول بأجر المثل أو إخراجه عنه وإجارته لغيره بأجر المثل. قال الرملي الحنفي: وهي مسألة إجماعية.[2] (عند الحنفية)، وهذا ما لم يكن له في المكان خلو صحيح، أوله فيه حق القرار كما يأتي فلا يملك إخراجه.

فإن كان للمستأجر حق الخلو بمال دفعه للواقف أو الناظر لمصلحة الوقف طبقا للصور والشروط المتقدمة فقد بين الدسوقي أن استحقاق مالك الخلو الاستئجار لمدة لاحقة لا يصح إلا إن كان يدفع من الأجر مثل ما يدفع غيره، وإلا جاز إيجاره للغير.[1] والمراد مثل إيجار المكان خاليا عن الإضافة التي قابلت المال المدفوع إلى الواقف. قال ابن عابدين: لولم يلزم صاحب الخلو أجرة المثل للمستحقين يلزم ضياع حقهم. اللهم إلا أن يكون ما قبضه المتولي صرفه في عمارة الوقف حيث تعين ذلك طريقا إلى عمارته ولم يوجد من يستأجره بأجرة المثل مع دفع ذلك المبلغ اللازم للعمارة. وطريق معرفة أجر المثل أن ننظر إلى ما دفعه صاحب الخلو للواقف أو المتولي على الوجه الذي ذكرناه وإلى ما ينفقه في مرمة الدكان ونحوها، فإذا كان الناس يرغبون في دفع جميع ذلك إلى صاحب الخلو ومع ذلك يستأجرون الدكان بمائة مثلا فالمائة هي أجرة المثل، ولا ينظر إلى ما دفعه هو لصاحب الخلو السابق من مال كثير طمعا في أن أجرة هذا الدكان عشرة مثلا، لأن ما دفعه من مال كثير لم يرجع منه نفع للوقف أصلا بل هو محض ضرر بالوقف حيث لزم منه استئجار

(١) البناني على الزرقاني ٦/١٢٨

(٢) الفتاوى الخيرية ١/١٧٣، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٢/١٠٠، ١٠١

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١١

الـدكـان بدون أجـرتها بغبن فاحش . وإنما ينظر إلى ما يعود نفعه للوقف فقط .(١)

الـشـروط الـتي يثبت بها ملك الخلو في عقـار الوقف عند المالكية :

١٩ ـ قال الأجهوري : يشترط لصحة الخلو أن تكون الدراهم المدفوعة (أي من الساكن الأول) عائـدة على جهـة الـوقف يصرفها في مصالحه . قال : فما يفعل الآن من أخذ الناظر الدراهم ممن يريـد الخلو، ويصـرفهـا في مصالح نفسه ويجعل لدافعهـا خلوا في الوقف فهذا الخلو غير صحيح ويرجع دافع الدراهم بها على الناظر.

قال : ومن الشـروط أن لا يكون للوقف ريع يعمـر منـه ، فإن كان له ريع يعمر به مثل أوقاف الملوك الكثيرة فيصرف عليها منه ، ولا يصح فيه خلو، ويـرجـع دافـع الدراهم بها على الناظر. لأنـه ينـزع منـه على شرط لم يتم ، لظهـور عدم صحة خلوه .

ومنهـا ثبـوت الصرف في منافع الوقف بالوجه الشـرعي ، فلو صدقـه النـاظر على الصرف من غير ثبـوت ، ولا ظهـور عمارة إن كانـت هي المنفعـة ، لم يعتـبر لأن النـاظـر لا يقبـل قولـه في مصرف الوقف .(٢)

(١) ابن عابدين ٤/ ١٧ ، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١٩٩

(٢) فتح العلي المالك ٢/ ٢٥٠ ، ٢٥١ ، وحـاشية الأشبـاه والنظائر للحموي ١/ ١٣٨ نقلا عن الشيخ نور الـدين علي الأجهوري المالكي في شرحه على مختصر خليل .

بيع صاحب الخلو خلوه وتصرفه فيه :

٢٠ ـ إذا أنشأ المستأجر خلوه بمال دفعه إلى ناظر الوقف بشروطه المبينة سابقا صار الخلو ملكا له ، وأصبح من حقه التصرف فيه بالبيع ، والإجارة ، والـرهن ، والهبـة ، والعـاريـة ، والـوصيـة وغـير ذلك ، وهذا صريح في كلام من ذكر المسألة من المالكية .(١)

وواضـح أنـه إذا باع صاحب الخلو خلوه بعد أن ملكـه بالـوجـه الصحيح أو وهبه أو أوصى به فلمن صار إليه الخلو من التصرفات ما كان لمن قبله .

وصـرح البهـوتي من الحنـابلة بأنـه يرى أن الخلوات إذا اشـتريت بالمـال من المـالـك تكون مملوكـة لمشـتريهـا مشـاعـا لأنه يكون قد اشترى نصف المنفعـة مثـلا وعلى هذا لا تصـح إجارة الخلو ويصح بيعه وهبته ووفاء الدين منه .(٢)

أمـا عنـد الحنفية فلم نجد التصريح عندهم فيـما أطلعنـا عليـه بجـواز بيـع الخلو لكن صرح بعضهم بأنه لو حكم به قاض يراه من مالكي أو غيره جاز .(٣)

قال ابن عابـدين : لو أخـرج الناظر المستأجر

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ٤٦٧ في أثناء كتاب الاستحقـاق ٣/ ٤٣٣ في العاريـة ، والزرقـاني ٧/ ٧٥ ، والعدوي على الخرشي ٧/ ٧٩ ، وفتاوى عليش ٢/ ٢٥١

(٢) مطالب أولي النهى ٤/ ٣٧٠

(٣) ابن عابدين ٤/ ١٧ نقلا عن الفتاوى الخيرية .

من المكان أو آجره لغيره ففي فتوى العمادي ليس له ذلك ما لم يدفع له المبلغ المرقوم.[١]

شفعة صاحب الخلو :

٢١ ـ من صور ذلك ما ذكره العدوي أنه إذا استأجر جماعة من ناظر الوقف أرضا بثلاثين دينارا في كل عام مثلا وبنوا عليها دارا ولكن الدار تكرى بستين، فحقهم يقال له الخلو، فلو باع أحدهم حصته في البناء فلشركائه الأخذ بالشفعة.[٢]

ومن صوره ما ذكره محمد أبو السعود من الحنفية في حاشيته على الأشباه والنظائر من أن من له خلو في أرض محتكرة وكان خلوه عبارة عن غراس أو بناء فإنه يجري فيه حق الشفعة، لأنه لما اتصل بالأرض اتصال قرار التحق بالعقار. ولكن قال ابن عابدين: هذا سهو ظاهر لمخالفته المنصوص في كتب المذهب[٣] أي من أن الوقف لا شفعة له ولا شفعة فيه.[٤]

وقف الخلوّ :

٢٢ ـ رجّح جمهور متأخري المالكية القول بأن الخلو يجوز وقفه، فإن منفعة العقار الموقوف بعضها موقوف وبعضها غير موقوف، وهذا البعض الثاني هو الخلو، فيجوز أن يتعلق به الوقف. وبمثله قال الرحيباني من الحنابلة: إذا جرت العادة به خرّجه من قول أحمد بصحة وقف الماء إن كانوا قد اعتادوه. ثم قال: وهذا ما ظهر لي ولم أجده مسطورا، لكن القياس لا يأباه وليس في كلامهم ما يخالفه.

قال العدوي: على أنه إن كان الخلو لكتابي في وقف مسجد فإنه يمنع من وقفه على كنيسة مثلا.

والرأي الآخر لدى كل من المالكية والحنابلة وصرح به الشرواني من الشافعية، أن الخلوات لا يجوز وقفها، لأنها منفعة وقف، وما تعلق الوقف به لا يوقف.[١]

وقد قال بذلك أحمد السنهوري وعلي الأجهوري، قال الأجهوري: محلّ صحة وقف المنفعة إن لم تكن منفعة حبس، لتعلق الحبس بها، وما تعلق به الحبس لا يحبس، ولو صح وقف منفعة الوقف لصح وقف الوقف، واللازم باطل شرعا وعقلا، ومن المعلوم أن كل ذات وقفت إنما يتعلق الوقف بمنفعتها وأن ذاتها مملوكة للواقف. قال: وبهذا تعلم بطلان تحبيس الخلو.[٢] ووافق الأجهوري على فتياه هذه

(١) ابن عابدين ٤ / ١٧

(٢) العدوي على الخرشي ٧ / ٧٩

(٣) رد المحتار ٤ / ١٨

(٤) انظر مبحث الشفعة في الوقف في رد المحتار ٥ / ١٤٢، وتنقيح الفتاوى الحامدية ٢ / ١٩٩

(١) العدوي على الخرشي ٧ / ٧٩، والدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٧٦، ومطالب أولي النهى ٤ / ٣٧١

(٢) فتاوى عليش ٢ / ٢٥١، والشبراملسي على نهاية المحتاج ٥ / ٣٥٧، وحاشية الشرواني على التحفة ٦ / ٣٧

الشيخ عبدالباقي، ثم لما روجع بفتوى اللقاني بجواز بيعها وإرثها أفتى بجواز وقفها[1] قال الشيخ عليش: والعمل على الفتوى بجواز وقف الخلو، وبه جرى العمل في الديار المصرية[2] ولم يخالف الأجهوريُّ في سائر التصرفات، كالبيع، والإجارة، والإعارة والرهن.[3]

أما الحنفية فلم نجد لهم تعرّضا لمسألة وقف منفعة الخلو. ولكنهم يتعرضون لمسألة وقف ما بناه المستأجر في الأرض المحتكرة أو غرسه فيها. مما هو مملوك للمستأجر.

والأصل عند الحنفية أنه لا يجوز وقف البناء بدون الأرض، سواء أكانت الأرض مملوكة أو موقوفة على جهة أخرى. قال ابن عابدين: أفتى بذلك العلامة قاسم، وعزاه إلى محمد بن الحسن، وإلى هلال والخصاف، وعلله بعضهم بأنه غير متعارف، قال ابن عابدين: فحيث تعورف وقفه جاز. وقال ابن الشحنة: إن الناس منذ زمن قديم نحو مائتي سنة على جوازه، والأحكام به من القضاة العلماء متواترة، والعرف جارٍ به، فلا ينبغي أن يتوقف فيه ا. هـ. وأما إذا وقفه على الجهة التي كانت البقعة وقفا عليها جاز اتفاقا تبعا للبقعة، وحرر صاحب البحر الرائق القول الأول ووافقه ابن عابدين. قال: لأن شرط الوقف التأبيد، والأرض إذا كانت ملكا لغيره فللمالك استردادها وأمره بنقض البناء، وكذا لو كانت ملكا للواقف، فإن لورثته بعده ذلك، فلا يكون الوقف مؤبدا. قال: فينبغي أن يستثنى من ذلك ما إذا كانت الأرض معدّة للاحتكار، لأن البناء يبقى فيها كما إذا كان وقف البناء على جهة وقف الأرض فإنه لا مطالب لنقضه، والظاهر أن هذا وجه جواز وقفه إذا كان متعارفا.[1]

ونقل صاحب الدرّ أن ابن نجيم سئل عن البناء والغراس في الأرض المحتكرة، هل يجوز بيعه ووقفه؟ فأجاب: نعم. قال ابن عابدين: ووقف الشجر كوقف البناء. أما مجرد الكبس بالتراب أي ونحوه مما هو مستهلك كالسماد فلا يصح وقفه، ونقل عن الإسعاف في أحكام الأوقاف أنه لا يجوز وقف ما بني في الأرض المستأجرة ما لم تكن متقررة للاحتكار.[2] وما يسمى الكدك أو الجدك في حوانيت الوقف ونحوها من رفوف مركبة في الحانوت على وجه

---

(١) فتاوى عليش ٢/٢٥٣، وانظر شرح الزرقاني ٧/٧٥ أول باب الوقف فقد قرر جواز وقف الخلو، وكذا محشيه البناني.

(٢) فتاوى عليش ٢/٢٥١

(٣) حاشية الدسوقي ٣/٤٤٣، ٤٦٧

(١) الدر المختار وابن عابدين ٣/٣٩٠، ٣٩١، وانظر البحر الرائق ٥/٢٢٠ ط أولى بالمطبعة العلمية.

(٢) ابن عابدين ٣/٣٩١

القـرار، فالظـاهـر أنه لا يجوز وقفه لعدم العرف الشائع بخلاف وقف البناء والشجر.[١]

إرث الخلوّات :

٢٣ ـ الـذين قالـوا من المالكية والحنفية والحنابلة إن الخلو يُمْلك ويبـاع ويـرهن ذهبوا كذلك إلى أنـه يورث، وقـد تقـدم ذكر فتيا اللقاني في ذلك وذكر من وافقوه عليها.[٢] (ف/١٦).

ولا يخفى أن الخلو في الأوقـاف عند من أفتى بأنه يملك، يورث على فرائض الله تعالى.

تكاليف الإصلاحات :

٢٤ ـ على صاحب الخلو أو أصحـابه ما يقومون به من الإصـلاحـات، وقـد يكـون ذلك عليهم على قدر ملكهم فيـه، وليس على ناظـر الوقف منه شيء، كما لو اشتركوا في بناء في أرض وقف اكـتروه من ناظـره لذلـك، وقـد يكـون عليهم وعلى النـاظـر بالنسبـة، كما لو عمر المستأجر من ماله حانوت الوقف إذا تخرّب على أن يكون له خلوًّا.[٣]

الحـالـة الثـانيـة من أحـوال نشـوء حق الخلو في عقارات الأوقاف:

٢٥ ـ أن يكـون للمستأجـر في عقـار الوقف حق القـرار بسبب ما ينشئه في أرض الوقف إذا أنشأه بإذن النـاظـر لأجـل أن يكـون ملكـا له، وخلوًّا ينتفـع به، من بنـاء أو غراس أو كبس بالـتراب وهـو المسمى عنـد الحنفيـة (الكردار) أو ما ينشئه كذلك في مبنى الوقف، من بناء أو نحوه متصلٍ اتصـالَ قرارٍ، وهو المسمى عندهم (الجدك) قال صاحب الفتـاوى الخـيريـة: صرح علماؤنا بأن لصـاحب الكـردار حق القـرار، فتبقى في يده. ونـقـل ذلـك عن القنيـة والـزاهـدي، قال الزاهدي: استأجر أرضا وقفا وغرس فيها أو بنى ثم مضت مدة الإجـارة فللمستأجـر أن يستبقيها بأجـر المثـل، إذا لم يكن في ذلـك ضرر، ولو أبى الموقوف عليهم إلا القلع ليس لهم ذلك. ا. هـ.[١]

لكن لو كان في البقاء ضرر لم يجب الاستبقاء كما لو كان المستأجـر أو وارثـه مفلسـا، أو سيء المعاملة، أو متغلبا يخشى منه أو نحو ذلك[٢]، قال الـرمـلي: أصـل ذلك في أوقاف الخصاف حيث قـال: « حانوتٌ أصـله وقف وعمـارته لرجل، وهـو لا يرضى أن يستأجـر الأرض بأجر المثل» ، قالـوا: «إن كانـت الـعـمارة بحـيـث لو رفعت يستأجـر الأصل بأكثر مما يستأجر صاحب البنـاء كلّف رفعه ويؤجر من غيره ، ولا يترك في

(١) ابن عابدين ٣/٣٩١

(٢) فتح العلي المالك ٢/٢٤٩، ٢٥٠، ومطالب أولي النهى ٤/٣٧٠، والفتاوى المهدية ٥/٨

(٣) العدوي على الخرشي ٧/٧٩

(١) الفتاوى الخيرية ١/١٨٠، وابن عابدين ٣/٣٩٩

(٢) الفتاوى الخيرية ٢/١٩٨، وابن عابدين ٥/٢٠

يده بذلك الأجر» . [١]

ولا يخفى أن الأصل في الإجارة أنه إذا انتهت المدة فالناظر بالخيار بين أن يجدد عقد الإجارة للمستأجر الأول أو لا يجدده بل تنتهي الإجارة، وله أن يؤجر لغير المستأجر الأول. قال الرملي: وهي مسألة إجماعية. لكن استبقاء الأرض الوقفية المؤجرة عند من أفتى به إن بنى عليها مستأجرها على الصفة المذكورة وجهه أنه أولويٌّ دفعا للضرر عن المستأجر، لاسيّما مع ما ابتلي به الناس كثيرا. [٢]

ويشترط في هذه الحالة عند كل من أفتى بثبوت هذا الحق أن لا تجدد الإجارة بأقل من أجرة المثل منعا للضرر عن الوقف، كما أن حق الاستبقاء للمستأجر إنما ثبت له دفعا للضرر عنه لو طولب برفع جدكه أو كرداره. [٣]

قال ابن عابدين: إنه يجوز إيجار الوقف بأجرة المثل، فلو زاد أجره على أجر المثل أثناء المدة زيادة فاحشة، فالأصح أنه يجب تجديد العقد بالأجرة الزائدة، وقبول المستأجر الزيادة يكفي عن تجديد العقد.

(١) الإسعاف في أحكام الأوقاف ص٦٦، ٦٧، والفتاوى الخيرية ١/١٨٠

(٢) الفتاوى الخيرية ١/١٧٣

(٣) الفتاوى الخيرية ١/١٧٣، والفتاوى الحامدية ٢/١١٥، ١١٧

والمراد أن تزيد أجرة الوقف في نفسه لزيادة الرغبة، لا زيادة متعنّت، ولا بما يزيد بعمارة المستأجر. فإن قبل المستأجر بالزيادة فهو أولى من غيره، لأنه يزول المسوّغ للفسخ فلا يكون له داعٍ. فإن لم يقبل المستأجر الالتزام بالزيادة فللمتولي فسخ الإجارة، فإن امتنع فسخها القاضي، ويؤجرها المتولي من غيره.

وهذا إن زادت أجرة المثل في أثناء مدة العقد، فبعد انتهائها أولى. [١]

هذا ويشترط لثبوت حق القرار عند من أفتى به من الحنفية أن يكون ما صنعه المستأجر من وضع غراسه، أو بنائه، أو جدكه بإذن الناظر ليكون للمستأجر ملكا وخلوًّا، فإن وضعه دون إذن فلا عبرة به، ولا يجب تجديد الإجارة له. [٢]

أما المستأجر إذا لم يكن له في محل الإجارة جدك ولا كردار فلا يكون له فيه حق القرار فلا يكون أحق بالاستئجار بعد انقضاء مدة استئجاره، سواء أزادت أجرة المثل أم لا، وسواء قبل الزيادة أم لا، قال ابن عابدين: ومن أفتى بأنه إن قبل الزيادة العارضة يكون أولى من غيره، فذلك مخالف لما أطبقت عليه كتب المذهب من متون، وشروح، وحواشٍ، وفيه الفساد وضياع الأوقاف، حيث إن بقاء أرض

(١) ابن عابدين ٣/٣٩٩، والإسعاف ص٦٣

(٢) الفتاوى الخيرية ١/١٨٠، والفتاوى المهدية ٥/٦١

الوقف بيد مستأجر واحدٍ المدةَ الطويلة يؤدي به إلى دعوى تملكها، مع أنهم مَنَعوا من تطويل الإجارة في الوقف خوفا من ذلك. ا. هـ[١] إذ المشهور عند الحنفية أن الوقف لا يؤجر أكثر من سنة للبناء، وثلاث سنين للأرض.[٢]

ولو كان لإنسان حق القرار في عقار وقف بسبب كرداره، ثم زال ذلك الكردار زال حقه في القرار. قال الرملي: في أرض فنيت أشجارها، وذهب كردارها ويريد محتكرها أن تستمر تحت يده بالحكر السابق وهو دون أجرة المثل: قال: لا يحكم له بذلك، بل الناظر يتصرف بما فيه الحظ لجانب الوقف من دفعها بطريق المزارعة، أو إجارتها بالدراهم والدنانير، والحكر لا يوجب للمستحكر استبقاء الأرض في يده أبدا على ما يريد ويشتهي.[٣]

ثم قد نقل ابن عابدين أن هذا الجدك المتصل اتصال قرار الموضوع على الوجه المبين قال فيه أبو السعود: إنه يصدق عليه أنه خلوّ واستظهر أنه كالخلو، ويحكم له بحكمه بجامع العرف في كل منهما.[٤]

ومثل ذلك في الفتاوى المهدية وقال: إن الحق المذكور لا يثبت إلا إذا بنى المستأجر فعلا، أو غرس فعلا، فلو مات قبل أن يبني أو يغرس انفسخت الإجارة وفات الورثة ذلك الحق.[١]

بيع الخلو الثابت على الصفة المبينة:

٢٦ ـ إذا ثبت حق القرار للمستأجر في أرض الوقف، أو حوانيته على الصفة المبينة سابقا ووضع أبنية أو جدكا ثابتا، أو أشجارا في أرض الوقف، فإن ما يضعه يكون ملكا له على وجه القرار، ويكون للمستأجر في أثناء مدة الإجارة أو بعدها بيع ما أحدثه من الأعيان من غيره، وينتقل حق القرار للمشتري، ويكون على المشتري مثل أجر الأرض خالية عما أحدثه فيها، وكذا الحانوت.[٢]

أما الأرض الموقوفة إذا استأجرها على وجه لا يثبت به حق القرار كما تقدم، أو كان استئجارها على وجه يثبت به حق القرار لكن لم يبن فعلا، أو بنى شيئا ففني وزال فلا يباع ذلك الحق فيها عند الحنفية لأنه مجرد. وقد تعرّض بعض متأخري الحنفية للفراغ عن ذلك مقابل عوض مالي ليس من قبيل البيع بل من قبيل التنازل عن الحق المجرد بمال. ففي تنقيح الفتاوى الحامدية أن ذلك لا يجوز أصلا، ونقل في واقعة: حَكَم بصحته قاضٍ حنبلي نفذ لو كان

---

(١) ابن عابدين ٣/٣٩٩

(٢) الإسعاف في أحكام الأوقاف ص٦٤، والحامدية ٢/١٢٥

(٣) الفتاوى الخيرية ١/١٦١، والحامدية ٢/١٣١

(٤) ابن عابدين ٤/١٧

(١) الفتاوى المهدية ٥/٢٣، ٦١

(٢) الفتاوى المهدية ٥/٦١

موافقا لمذهب أحمد، لكن قال إنه لا ينفذ لأن الفتوى عند الحنابلة أنه (لا يصح الفراغ في الأوقاف الأهلية، وأوقاف المساجد ونحوها، سواء أذن في ذلك الناظر أم لم يأذن، بل للناظر إيجارها وصرف أجرتها في جهات الوقف، ولا يصح الفراغ إلا في ما فتح عنوة ولم يقسم وضرب عليه خراج يؤخذ ممن هو في يده).(١)

وفي الفتاوى الخيرية: سئل في أرض وقف دفعها الناظر لمزارع يزرعها بالحصة هل يملك المزارع دفعها لمزارع آخر بمال يأخذه لنفسه في مقابلها، أم لا يجوز له ذلك. فلا يصح بيعه ولا فراغه، ويرجع المزارع الثاني على الأول بما دفعه من مال؟

فأجاب: أرض الوقف لا يملكها المزارع ولا تصرف له فيها بالفراغ عن منفعتها بمال يدفعه له مزارع آخر ليزرعها لنفسه، لأن انتفاع الأول بها مجرد حق، لا يجوز الاعتياض عنه بمال، فإذا أخذ مالا في مقابلة الاعتياض عنه يسترده منه صاحبه شرعا. والوقف محرم بحرمات الله تعالى.(٢)

ومثل ذلك في الفتاوى المهدية في أرض الوقف. ونقله عن ابن عابدين في رسالته المسماة (تحرير العبارة فيمن هو أحق بالإجارة)(٣) وقال:

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/٢٠٤

(٢) الفتاوى الخيرية ١/١٣٦

(٣) الفتاوى المهدية ٥/٦١

لا يجوز للمستأجر إسقاط حقه في أثناء المدة من أجنبي في مقابلة مال يأخذه، ثم يستأجر المسقط له من الناظر إذ هذا من قبيل الحقوق المجرّدة التي لا يجوز الاعتياض عنها، كحق الشفعة. ثم قال: إن هذا لا يمنع المستأجر أن يؤجر لغيره إلى باقي المدة وإن لم يكن له فيها حق القرار، لأنه مالك للمنفعة إلى نهاية مدة الإجارة فله بيعها بطريق الإجارة.(١)

أما عند المالكية فلم نجد التصريح منهم بحكم هذه المسألة غير أن الشيخ عليشا ذكر أن الموقوف عليه المعين إن آجر الوقف وأذن للمستأجر في البناء فيه ثم مات المؤجر تنفسخ الإجارة، والبناء ملك للباني فله نقضه أو قيمته منقوضا إن كان للوقف ريع يدفع منه ذلك، وهذا إن كان الوقف لا يحتاج لما بناه وإلا فيوفى له من الغلة قطعا. قال الشيخ عليش: أفاد ذلك الشيخ الخرشي رحمه الله.(٢)

ولم نجد للشافعية والحنابلة ما فيه النص على ذلك، على أن قاعدة الإجارة تقتضي إنهاء حق المستأجر بانتهاء مدة الإجارة. قال ابن رجب: غراس المستأجر وبناؤه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك، فللمؤجر تملكه بالقيمة ويجبر المالك على القبول، وإن كان يمكن فصله

(١) الفتاوى المهدية ٥/٦١

(٢) فتاوى عليش ٢/٢٤١، وانظر الخرشي ٧/٣٢

بدون ضرر يلحق مالك الأصل، فالمشهور أنه ليس له تملكه قهرا. [١] وقد تقدم النقل من صاحب الفتاوى الحامدية أن الفتوى عند الحنابلة أنه لا يصح الفراغ مقابل مال في الأوقاف. [٢]

القسم الثاني :

الخلو في أراضي بيت المال :

٢٦م ـ الأراضي التي فتحت عنوة وأبقيت بأيدي أربابها من أهل الأرض بالخراج هي عند الحنفية ملك لأهلها يجري فيها البيع، والشراء، والرهن والهبة، وغير ذلك.

أما أراضي بيت المال وهي التي آلت إليه بموت أربابها، أو فتحت عنوة وأبقاها الإمام لبيت المال، وهي التي تسمى (أرض الحوز) فإذا دفعها الإمام إلى الرعية كانت بأيديهم وليس لهم بيعها، ولا استبدالها إلا بإذن الإمام، ولا تكون ملكا لأحد إلا بتمليك السلطان له. [٣] ثم إن من هي تحت يده من الرعايا إن تسلمها بوجه حق فهو أولى بها من غيره مادام يدفع أجر المثل، فيكون له فيها (مشدُّ مسكة) يتمسك بها مادام حيًّا في الحرث وغيره، وحكمها أنها لا تقوم، ولا تملك، ولا تباع.

(١) انظر القاعدة ٧٧ من قواعد ابن رجب ص١٤٧

(٢) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/٢٠٤

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/١٠٢، ٢٠١

وكذا إن أجرى فيها كرابا أي حرثا، أو كرى أنهارها، أو نحو ذلك مما لم يكن مالا ولا بمعنى المال، وهو مجرد الفلاحة فليس ذلك متقوما عند الحنفية، لأنه بمعنى الوصف فلا يباع ولا يورث. وقال بعضهم: يباع حتى يزول وجوده من الأرض فترجع إلى الأول. أما إن كان له كردار من بناء أو أشجار فإنه يباع ويورث دون الأرض، ولم يسموه خلوًّا. وإن كان المالكية سمّوه خلوًّا أو ألحقوه بالخلو كما يأتي، على أنهم ذكروا أنه إن كان له مشد مسكة ـ ولو لم يكن في الأرض كردار ـ فلصاحبها تفويضها لغيره وتكون في يد المفوض إليه عارية والأول أحق بها، وله إجارتها، وله أيضا الفراغ عنها لغيره بمال، جاء في الولوالجية: عمارة في أرض رجل بيعت فإنْ بناء أو أشجارا جاز، وإن كرابا أو كري أنهار لم يجز، قالوا: ومفاده أن بيع المسكة لا يجوز، وكذا رهنها، ولذا جعلوه الآن (فراغا) أي كالنزول عن الوظائف بمال. فإذا فرغ عنها لأحد لم ينتقل الحق فيها إلا إذا اقترن بإذن السلطان أو نائبه. [١] على أنه لو دفع مالا مقابل الفراغ ثم لم يأذن السلطان أو نائبه بنقلها يكون لدافع المال حق الرجوع فيه. [٢]

اما عند المالكية: فإن الأرض الصالحة للزرع، وأرض الدور التي فتحت عنوة في الشام

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/١٢٩، ١٩٨، ١٩٩، ٢٠١

(٢) ابن عابدين ٤/١٥

ومصر، والعراق، هي وقف وقفت بمجرد فتحها عنوة، ويقطعها الإمام أويكريها لمن شاء بحسب المصلحة، وينتهي إقطاعها بموت المقطع مع بقائها على وقفيتها، فلا تباع، ولا ترهن ولا تورث.

لكن قد اختلف المتأخرون من فقهاء المالكية في ذلك على قولين:

القول الأول: قال الشيخ عليش: قد أفتى بعض المالكية بأنه يورث، فإنهم ألحقوه بالخلوات والخراج كالكراء. قال: وإنما يلحق بها إن حصل من واضع اليد على الأرض أثر فيها كإصلاح: بإزالة شوكها، أوحرثها، أو نصب جسر عليها، أونحوذلك مما يلحق بالبناء في الأوقاف، فيكون الأثر الذي عمله في الأرض خلوًّا يُنْتَفَع به ويُمْلَك. فكأن الذين أفتوا بذلك نظروا إلى أنه لا يسلم الأمر من وقوع شيء من هذا النوع، أومن دفع مغارم للملتزم (وهو الذي يتقبل الأراضي من السلطان مقابل مال يدفعه له، ويأخذ الملتزم المال من الفلاحين لتمكينهم من الأرض) قال: فالذي ينبغي في هذه الأزمان الإفتاء بالإرث، ولأنه أدفع للنزاع والفتن بين الفلاحين، وللملتزم الخراج على الأرض لا أكثر، وأن لا يكون له عزل الفلاح عن أثر له في الأرض.[1]

(١) فتاوى الشيخ عليش ٢/٢٤٥، ٢٤٦، ٢٤٧

القول الثاني: ذهب الدردير إلى أن الفتوى السابق بيانها. مكذوبة على من نسبت إليه.[1] قال الشيخ عليش: مراعاة مشهور المذهب تقتضي عدم التوريث فيما فتح عنوة بل يفعل السلطان أو نائبه ما فيه المصلحة، ولا تورث، بل الحق لمن يقرره فيها نائب السلطان لأنها مكتراة، والخراج كراؤها ولا حق للمكتري في مثل هذا[2] ثم إنه إذا تنازل من هي بيده لغيره مقابل عوض مالي على أن يكون الخراج على المسقط له، فقد أفتى الشيخ عليش بجواز ذلك، على أن يكون العوض من غيرجنس ما يخرج منها.[3]

وعند الشافعية الأرض المذكورة قسمت على الغانمين ثم طلبها عمر منهم فبذلوها فوقفها على مصالح المسلمين، وآجرها لأهلها إجارة مؤبدة بالخراج فيمتنع عليهم لكونها وقفا بيعها ورهنها وهبتها، ولهم إجارتها مدة معلومة لا مؤبدة.[4] وهذا حكم الأرض نفسها، أما البناء والأشجار التي يحدثها في الأرض من هي بيده من الرعايا فهوملك له، وله أن يقفه كما هو

(١) فتاوى الشيخ عليش ٢/٢٤٧ والشرح الكبير معه حاشية الدسوقي ٢/١٨٩ وفيه أنها منسوبة إلى الشيخ الخرشي والشيخ عبدالباقي والشيخ يحيى الشادي.

(٢) فتاوى عليش ٢/٢٤٦

(٣) فتاوى عليش.٢/٢٤٨

(٤) شرح المنهج وحاشية الجمل ٥/٢٠٣ في كتاب الجهاد فصل في حكم الأسر.

الأصح فيما يبنيه في الأرض المستأجرة، ويُرهن ويباع .(١)

أما النزول عن الأرض المذكورة ممن هي بيده إلى غيره مقابل عوض مالي فلم نجد عند الشافعية تعرّضا له .

ولكنهم في المتحجّر قالوا إن الأصحّ أنه لا يصح بيعه لما تحجره لأنه لم يملكه، والقول الثاني يصح، وكأنه يبيع حق الاختصاص. قال المحلّي : كذا في الروضة وأصلها، وفي المحرر ليس له أن يبيع هذا الحق .(٢)

أما عند الحنابلة فمع أنهم لم يسموا مثل هذا الحق خلوا فقد قالوا : إن منافع الأرض الخراجية يجوز نقلها بغير عوض، ومن نزل عن أرض خراجية بيده لغيره، فإن المتروك له أحق بها، فيجوز نقلها بلا عوض، وأجاز أحمد دفعها عوضا عما تستحقه الزوجة من المهر، وأما البيع فقد كرهه أحمد ونهى عنه. واختلف قوله في بيع العمارة التي فيها لئلا تتخذ طريقا إلى بيع رقبة الأرض التي لا تملك، بل هي إما وقف، وإما فيء .

ونص أحمد في رواية على أنه يبيع آلات عمارته بما تساوي أي بثمن المثل، وكره أن يبيع بأكثر من ذلك للمعنى المذكور، ونقل عنه ابن هانىء : يقوّم دكّانه وما فيه وكل شيء يحدثه فيه

(١) شرح المنهاج وحاشية القليوبي ٣/٩٩ في باب الوقف.
(٢) شرح المنهاج وحاشية القليوبي ٣/٩١

فيعطى ذلك، ولا أرى أن يبيع سكنى دار ولا دكان .(١) وبين ابن رجب أن ذلك من أحمد لسد الذريعة إلى بيع الأرض نفسها بدعوى بيع ما فيها من العمارة. قال : والأظهر أن أحمد إنما أراد النهي عن أخذ العوض عن رقبة الأرض بهذه الحيلة، وبهذا قال : هذا خداع . وهذا يفيد أنه لا يجوز بيع آلاته بأكثر من قيمتها. ونقل عن ابن تيمية تجويز بيعها فتنتقل بخراجها بخلاف بيع الوقف على معين فإنه يبطل حق البطن الثاني . ا . هـ(٢)

وقال في الإقناع وشرحه : إن آثر من هي بيده بها أحدا ببيع أو غيره صار الثاني أحق بها. ومعنى البيع هنا بذلها بما عليها من خراج إن منعنا بيعها الحقيقي كما هو المذهب ، لأن عمر وقفها والوقف لا يباع .(٣)

كيفية توارث الخلو في أراضي بيت المال :

٢٧ - إذا مات من بيده شيء من الأراضي

(١) مطالب أولي النهى ٤/١٩١ وقواعد ابن رجب القاعدة ٨٧ ص٢٠٠ وكشاف القناع باب الأرضين المغنومة ٣/٩٩، وانظر، الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب ص٧٦ ومابعدها فقد أطال في ذلك وذكر عن أحمد روايات ونقل فتيا للشيخ ابن تيمية وذكر تأويلات مختلفة لما روي عن أحمد بهذا الصدد.
(٢) الاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب ص٧٧، ٧٨ والقواعد لابن رجب أيضا القاعدة ٨٧ ص١٩٩، ٢٠٠
(٣) كشاف القناع ٣/٩٩

الأميرية فإنها عند الحنفية لا تورث عنه لأن رقبتها لبيت المال فترجع إليه، ولا يستحق انتقالها إلى ورثته أو غيرهم إلا بإذن السلطان. وهذا بخلاف ما عليها من غراس أو بناء فإنه يورث طبقا للوجه الشرعي.[1] أما مشد المسكة نفسه فإنه لا يورث أصلا لأنه حق مجرد. لكن جرت فتوى متأخري الحنفية أنه ينتقل إلى الأبناء الذكور انتقالا لا على سبيل الميراث، بل بمعنى أنهم يكونون أولى به من غيرهم، وينتقل مجانا. وجرى الرسم على ذلك في الدولة العثمانية.[2]

أما المالكية فالأراضي الأميرية قد تقدم ذكر الخلاف عندهم في ثبوت حق الخلو فيها، وأن من المالكية من قال: إنها لا تورث وذلك مقتضى مشهور المذهب بأنها وقف، وأن السلطان أحق بتوجيهها ممن هي بيده، ومن ورثته، ومنهم من قال: بأنها تورث، وأن الإرث في الحقيقة ليس لرقبتها بل لمنفعتها مادام يؤدى ما عليها من الخراج الذي هو كالأجرة.

ثم اختلفوا فيمن تؤول إليه الأرض إذا مات من هي تحت يده، فالذين قالوا بعدم التوريث

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/٢٠٥

(٢) وجاءت الأوامر السلطانية في أواخر الدولة العثمانية فأعطت للنساء حق وضع اليد بتفصيلات يرجع إليها في هذه الأوامر، ويجب طاعتها ما لم تخالف الشرع على أن هذه الأوامر (الآن) أصبحت غير ذات موضوع (اللجنة)

قالوا: السلطان أحق بتوجيهها إلى من شاء، لكن إن كانت العادة قد جرت بنقلها إلى ورثته جميعا، أو لأولاده الذكور دون الإناث يعمل بذلك، قال الدردير: وقد جرت العادة في بعض قرى الصعيد أن يختص الذكور بالأرض دون الإناث، فيجب إجراؤهم على عادتهم على ما يظهر لأن هذه العادة والعرف صارت كالإذن من السلطان في ذلك.[1]

أما الذين قالوا إن منفعة الخلو فيها تورث قالوا: إنها تورث طبقا لما توجبه أحكام التوريث فهي لجميع الورثة من الزوج أو الزوجة والأبوين والعصبات والأولاد الذكور منهم والإناث طبقا للكتاب والسنة. قال الشيخ عليش: الحق فيها يورث على فرائض الله تعالى ولا وجه لتخصيص الذكور لأنها خصلة جاهلية لا تحل في الإسلام وإن استظهر ذلك الدردير.[2] وقال أيضا: توريث الذكور دون الإناث عرف فاسد لا يجوز العمل به.[3] وفي الشرح الكبير قال الدردير: مقتضى المذهب أن للسلطان أو نائبه أن يمنع الورثة من وضع يدهم عليها وله أن يعطيها لمن شاء. ثم قال: وقد يظهر أنه لا يجوز له، لما في ذلك من فتح باب يؤدي إلى الهرج والفساد، وأن لمورثهم نوع استحقاق، وأيضا

(١) الشرح الكبير على مختصر خليل ٢/١٨٩

(٢) فتاوى عليش ٢/٢٤٦

(٣) فتاوى عليش ٢/٢٦٨

العادة تنزل منزلة حكم السلاطين المتقدمين من أن كل من بيده شيء فهو لورثته أو لأولاده الذكور دون الإناث رعاية لحق المصلحة. نعم إذا مات شخص وتحت يده أرض يؤدي خراجها عن غير وارث فالأمر للسلطان أو نائبه، أي يقرر في الأرض من يشاء، ولا تورث عن الميت.

قال الدسوقي: نعم وارثه أولى وأحق بها من غيره.[1] ولم يتضح لنا قول الشافعية في ذلك. أما عند الحنابلة فالورثة أحق بالتمسك بالأرض الخراجية فتنتقل إليهم بوفاة من هي بيده، وليس للإمام نزعها منهم مادامو يؤدون الخراج.

قال ابن القيم: من بيده أرض خراجية فهو أحق بها وترثها ورثته كذلك فيملكون منافعها بالخراج الذي يبذلونه.[2] وظاهر هذا أن توارث هذا الحق يستحق طبقا لأنصبة الميراث وإن لم يكن الحق الموروث مالا.

وقف ما ينشئه في أرض بيت المال:

٢٨ - نقل ابن عابدين عن الخصاف أنه قال: إن وقف حوانيت الأسواق يجوز إن كانت الأرض

(١) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٢/١٨٩

(٢) مطالب أولي النهى ٤/١٩٢، والقواعد لابن رجب القاعدة (٨٧)، ص٢٠٠، وكشاف القناع باب الأرضين المغنومة ٣/٩٩

بأيدي الذين بنوها بإجارة لا يخرجهم السلطان عنها من قِبَل أنّا رأيناها في أيدي أصحاب البناء توارثوها وتُقْسَمُ بينهم لا يتعرّض لهم السلطان فيها ولا يزعجهم منها، وإنما له غلة يأخذها منهم وتداولها خَلَفٌ عن سلف، ومضى عليها الدهور وهي في أيديهم يتبايعونها، ويؤجرونها، وتجوز في وصاياهم، ويهدمون بناءها، ويعيدونه، ويبنون غيره، فكذلك الوقف جائز. ا.هـ.

قال ابن عابدين: وأقره في الفتح ووجهه بقاء التأبيد.[1]

وإن كان ما جعله في الأرض غراسا فالحكم في وقفها حكم البناء. أما إن كان ما عمله في الأرض مجرّد كبس بالتراب أو السماد فلا يصح وقفه.[2]

ولم نطلع على كلام لغير الحنفية في ذلك.

القسم الثالث:

الخلوّ في الأملاك الخاصة:

٢٩ - فرّق الحنفية بين الوقف والملك في ثبوت حق القرار فأثبتوه للمستأجر في عقارات الأوقاف على الوجه الذي تقدم بيانه، ونَفَوْه في الأملاك الخاصة المؤجرة، وبينوا أن الفرق في ذلك هو أن المالك أحق بملكه إذا انتهى عقد الإجارة، ثم هو قد يرغب في تجديد إيجاره للمستأجر الأول

(١) الدر المختار ورد المحتار ٣/٣٩١

(٢) رد المحتار ٣/٣٩١

بنفس الأجر، أو أقل، أو أكثر، وقد لا يرغب في ذلك، وقد يريد أن يسكنه بنفسه، أو يبيعه، أو يعطله، بخلاف الموقوف المعدّ للإيجار، فإنه ليس للناظر إلا أن يؤجره، فإيجاره من ذي اليد بأجرة مثله أولى من إيجاره لأجنبي، لما فيه من النظر للوقف ولذي اليد. ولمالك الحانوت أن يكلف المستأجر رفع جدكه وإفراغ المحل لمالكه. (١) ومقتضى ذلك أن لا يثبت حق القرار في الأملاك الخاصة حتى عند من سماه في عقارات الوقف خلوا، ولأنه يلزم من عدم إخراج صاحب الحانوت لصاحب الخلو حجر الحر المكلف عن ملكه وإتلاف ماله. (٢) وهي مسألة إجماعية كما نقله صاحب الفتاوى الخيرية وكما هو معلوم من أحكام الإجارة(٣) فإن كان للمستأجر عند انتهاء الإجارة في الأرض بناء أو أشجار، أو في الحانوت بناء، يلزمه رفعه على خلاف وتفصيل يرجع إليه في أحكام الإجارة.

أما إنشاء الخلو قصدا بتعاقد بين المستأجر والمالك مقابل دراهم معينة ليمكنه من وضع بناء أو نحوه في الأرض أو الحانوت على أن يكون للمستأجر الخلو، فقد أفتى بصحته بعض متأخري الحنفية. قال ابن عابدين: ممن أفتى

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢ / ٢٠٠

(٢) الدر المختار ٤ / ١٦

(٣) الفتاوى الخيرية ١ / ١٧٣ والموسوعة الفقهية (الإجارة ف٩٠، ٩٢)

بلزوم الخلو بمقابلة دراهم يدفعها إلى المالك العلامة عبد الرحمن العمادي وقال: فلا يملك صاحب الحانوت إخراجه منها ولا إجارتها لغيره فيفتى بجواز ذلك للضرورة. (١)

وسئل المهدي العباسي في رجل له حانوت متخرّب استأجره منه رجل سنة، وأذن له بالبناء والعمارة فيه ليكون ما عمره وبناه وأنشأه خلوا له وملكا مستحق البقاء والقرار، وجعل عليه أجرة للأرض مقدارا معلوما من الدراهم مسانهة (سنويا) فهل إذا بنى وعمر وأنشأ على هذا الوجه يكون ذلك ملكا للمستأجر، وإذا مات الآذن يكون لورثته أجرة الأرض فقط؟ فأجاب: ما بناه المستأجر من ماله لنفسه بإذن المالك في حياته على الوجه المذكور مملوك لبانيه يورث عنه إذا مات، وعليه الأجرة المقررة على الأرض والله أعلم. (٢)

ثم قرر أن الخلو في هذه الحال يجوز بيعه لأنه عبارة عن أعيان مملوكة لصاحبها مستحق قرارها في المحل. (٣)

وكذلك الحكم عند المالكية، فقد قال الشيخ عليش: الخلو ربما يقاس عليه الجدك المتعارف في حوانيت مصر، فإن الخلو إذا صح في الوقف

(١) حاشية ابن عابدين ٤ / ١٧

(٢) الفتاوى المهدية ٥ / ٢٦ ومثله في ٥ / ٤٣ وفي ٥ / ٤٤

(٣) الفتاوى المهدية ٥ / ٢٣، ٤٩، ٦١

ففي الملك أولى لأن المالك يفعل في ملكه ما يشاء . لكن بعض الجدكات بناء ، أو إصلاح أخشاب في الحانوت مثلا بإذن ، وهذا قياسه على الخلو ظاهر خصوصا وقد استندوا في تأبيد الحكر للعرف ، والعرف حاصل في الجدك . والبعض الآخر من الجدكات وضع أشياء مستقلة في المحل (أي منفصلة) غير مسمّرة فيه كما يقع في الحمامات ، وحوانيت القهوة بمصر ، فهذه بعيدة عن الخلوّات ، فالظاهر أن للمالك إخراجها . ا . هـ .

وظاهر أنه يعني بقوله : «إن الخلو إذا صح في الوقف ففي الملك أولى» ، أن يتعاقد المالك ومستأجر الحانوت على إنشاء الخلو وتأبيده لا إن حصل ذلك بمجرد الإذن ويفهم ذلك من قوله (لأن المالك يفعل في ملكه ما يشاء) . [1]

وكذلك عند الحنابلة الذين أجازوا بيع المنفعة يجوز عندهم على ما خرجه البهوتي إنشاء الخلو بمال يدفع إلى ناظر الوقف بشروطه كما تقدم . [2]

أخذ المستأجر بدل الخلو من مستأجر لاحق :

٣٠ ـ يدور حكم هذه المسألة على أن المستأجر الأول إن كان يملك المنفعة إلى مدة معينة بإجارة صحيحة مع المالك ، أو ناظر الوقف ، فتخلّى عن الحانوت أثناء المدة لمستأجر آخر يحل محله وأخذ على ذلك عوضا من المستأجر الذي يحل محله جاز ذلك ، ومن شرط ذلك في حوانيت الوقف أن تكون الإجارة بأجر المثل ، قال الشيخ عليش في فتاويه : إن حوانيت الأوقاف بمصر جرت عادة سكانها أنه إذا أراد أحدهم الخروج من الدكان أخذ من الآخر مالا على أن ينتفع بالسكنى فيه ، ويسمونه خلوا وجَدَكا ، ويتداولون ذلك واحدا بعد واحد ، وليس يعود على تلك الأوقاف نفع أصلا غير أجرة الحانوت ، بل الغالب أن أجرة الحانوت أقل من أجرة المثل بسبب ما دفعه الآخذ من مال . ثم قال : والذي يدور عليه الجواب في ذلك أن الساكن الذي أخذ الخلو إن كان يملك منفعة الحانوت مدة فأسكنها غيره وأخذ على ذلك مالا فإن كان الآخذ بيده إجارة صحيحة من الناظر أو الوكيل بشروطها بأجرة المثل فهو سائغ له الأخذ على تلك المنفعة التي يملكها ، ولا ضرر على الوقف لصدور الأجرة موافقة لأجرة المثل . وأما إن لم يكن مالكا للمنفعة بإجارة صحيحة فلا عبرة بخلوه ويؤجره الناظر لمن يشاء بأجرة المثل . ويرجع دافع الدراهم على من دفعها له . ا . هـ [1]

وأما بعد انتهاء مدة عقد الإجارة فالمالك

---

(١) فتاوى الشيخ عليش ٢ / ٢٥٢

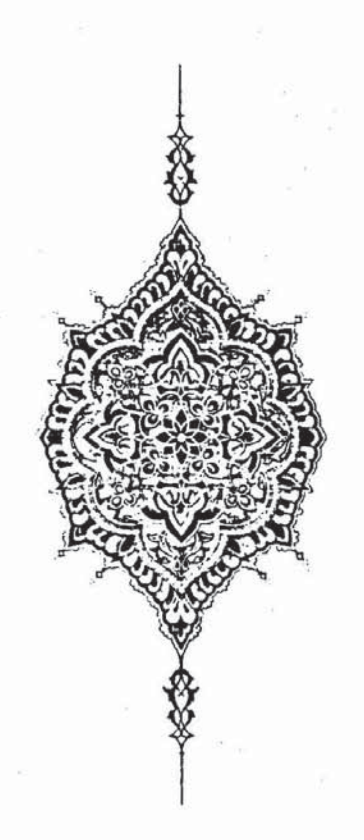
(٢) مطالب أولي النهى ٤ / ٣٧٠

(١) فتاوى الشيخ عليش ٢ / ٢٥٠

أحق بملكه كما تقدم (ف/٢٩) ما لم يكن المستأجر قد اتفق معه على إنشاء الخلو بمال دفعه إليه فله بيع الخلو إلى مستأجر يأتي بعده كما تقدم في أول هذا البحث، لأن الخلو الصحيح يجوز بيعه إن تمت شروطه عند من أخذ بذلك.

خلو عقد النكاح عن المهر:

٣١ - إذا عقد النكاح بلا تسمية مهر فإنه يسمى (التفويض في النكاح) وتفصيله في مصطلح (تفويض).



خليط

انظر : خُلطة

خليطان

انظر: خُلطة :



خمار

التعريف :

١ ـ الخمار من الخمر، وأصله الستر، يقال: خمر الشيء يخمره خمرا، وأخمره أي ستره، وكل مغطى مخمَّر يقال: خمرت الإناء أي غطيته، وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «خمروا آنيتكم». (١)

وفي رواية: «خمروا الآنية وأوكوا الأسقية»(٢) وكل ما يستر شيئا فهو خماره. لكن الخمار غلب في التعارف اسما لما تغطي به المرأة رأسها، يقال: اختمرت المرأة وتخمرت: أي لبست الخمار، وجمع الخمار خُمُر، (٣) قال الله تعالى: ﴿وليضربن بخمرهن على جيوبهن﴾. (٤)

(١) حديث: «خمروا آنيتكم». أخرجه البخاري (الفتح ١٠/ ٨٨ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١٥٩٥ ـ ط الحلبي) من حديث جابر بن عبدالله.

(٢) حديث: «خمروا الآنية وأوكوا الأسقية». أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ٣٥٥ ـ ط السلفية) من حديث جابر.

(٣) المصباح المنير، والقاموس المحيط، ولسان العرب، والمفردات في غريب القرآن (مادة خمر)، والكليات ٢/ ٢٧٨

(٤) سورة النور/ ٣١

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للخمار في الجملة عن المعنى اللغوي السابق، لأن بعض الفقهاء يعرفونه بأنه: ما يستر الرأس والصدغين أو العنق. (١)

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الحجاب :

٢ ـ الحجاب: الستر، يقال: حجب الشيء يحجبه حجبا وحجابا، وحجبه: ستره، وامرأة محجوبة: قد سترت بستر، وحجاب الجوف: ما يحجب بين الفؤاد وسائره، قال الأزهري: هي جلدة بين الفؤاد وسائر البطن.

والأصل في الحجاب أنه جسم حائل بين جسدين، واستعمل في المعاني فقيل: العجز حجاب والمعصية حجاب. (٢)

فالحجاب أعم من الخمار.

ب ـ القناع :

٣ ـ القناع ما تتقنع به المرأة من ثوب تغطي رأسها ومحاسنها. ونحوه المقنعة وهي ما تقنع به المرأة رأسها. قال صاحب القاموس: القناع أوسع منها.

(١) حاشية الصعيدي على كفاية الطالب الرباني ١/ ١٣٧، المجموع ١/ ١٧١

(٢) المصباح المنير، الكليات، لسان العرب مادة: «حجب» والتعريفات ١١١

ويطلق بعض الفقهاء القناع على الثوب يلقيه الرجل على كتفه، ويغطي به رأسه ويرد طرفه على كتفه الآخر. (١)

والقناع أعم وأشمل في الستر من الخمار، أو هو يخالفه بإطلاق بعض الفقهاء.

ج ـ النقاب :

٤ ـ النقّاب ما تنتقب به المرأة، يقال: انتقبت المرأة وتنقبت: غطت وجهها بالنقاب.

ويعرف ابن منظور النقاب بأنه: القناع على مارن الأنف، ثم يقول: والنقاب على وجوه. قال الفراء: إذا أدنت المرأة النقاب إلى عينها فتلك الوصوصة، فإن أنزلته دون ذلك إلى المحجر فهو النقاب، فإن كان على طرف الأنف فهو اللفام. قال ابن منظور: الوصواص: البرقع الصغير. (٢)

وكل من الخمار والنقاب يُغطى به جزء من الجسم، الخمار يغطى به الرأس، والنقاب يغطى به الوجه.

د ـ البرقع :

٥ ـ البرقع لغة: ما تستر به المرأة وجهها. (٣)

(١) لسان العرب مادة (قنع)، وجواهر الإكليل ١/ ٥٢

(٢) القاموس المحيط، المصباح المنير، لسان العرب مادة: «نقب»، ومادة: «وصوص».

(٣) المصباح المنير مادة: «برقع».

الأحكام المتعلقة بالخمار :

أولا : ارتداء المرأة الخمار عموما :

٦ ـ إرتداء المرأة الحرة الخمار بوجه عام واجب شرعا، لأن شعر رأسها عورة باتفاق، وقد أمرت المرأة بضرب الخمار على جيبها في قوله تعالى: ﴿وليضربن بخمرهن على جيوبهن﴾(١) قال القرطبي: سبب هذه الآية أن النساء كن في ذلك الزمان إذا غطين رؤوسهن بالأخمرة، وهي المقانع سدلنها من وراء الظهر فيبقى النحر والعنق والأذنان لا ستر على ذلك، فأمر الله تعالى بليّ الخمار على الجيوب، وهيئة ذلك أن تضرب المرأة بخمارها على جيبها لتستر صدرها. قالت عائشة رضي الله عنها: إنما يضرب بالخمار الكثيف الذي يستر. (٢)

ثانيا ـ المسح على الخمار في الوضوء :

٧ ـ مسح الرأس في الوضوء فرض تواترت عليه الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع. والفرض الذي تواترت عليه الأدلة هو أصل المسح، أما صفته ومقدار ما يمسح من الرأس ففيه خلاف وتفصيل ينظران في مصطلحي: (وضوء) و(مسح).

ومما اختلف فيه كذلك المسح على الخمار:

فقال الحنفية والمالكية والشافعية: لا يجزىء

(١) سورة النور/ ٣١

(٢) القرطبي ١٢/ ٢٣٠

في الوضوء مسح المرأة خمارها وحده دون مسح رأسها، إلا إذا كان الخمار رقيقا ينفذ منه الماء إلى شعرها، فيجوز لوجود الإصابة، لما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها «أنها أدخلت يدها تحت الخمار ومسحت برأسها، وقالت: بهذا أمرني رسول الله ﷺ». [1] ولأنه لاحرج في نزعه، والرخصة لدفع الحرج، ولأن قوله تعالى: ﴿وامسحوا برءوسكم﴾ [2] يقتضي عدم جواز مسح غير الرأس.

قال نافع: رأيت صفية بنت أبي عبيد تتوضأ وتنزع خمارها ثم تمسح برأسها، قال نافع: وأنا يومئذ صغير، قال محمد بن الحسن: بهذا نأخذ، لا نمسح على خمار ولا على عمامة، بلغنا أن المسح على العمامة كان فترك.

قال النووي: قال الشافعي في البويطي: وتدخل يدها تحت خمارها حتى يقع المسح على الشعر، فلو وضعت يدها المبتلة على خمارها قال أصحابنا: إن لم يصل البلل إلى الشعر لم يجزئها، وإن وصل فهي كالرجل إذا وضع يده المبتلة على رأسه إن أمرّها عليه أجزأه وإلا فوجهان، الصحيح الإجزاء.

وقال الشافعية: يستحب لمن مسح ناصيته ولم يستوعب الرأس بالمسح أن يتم المسح على العمامة، وقالوا: وهذا حكم ما على رأس المرأة. [1]

وعند الحنابلة قال ابن قدامة: في مسح الرأس على مقنعتها روايتان: إحداهما: وهي المعتمدة واقتصر عليها الحجاوي يجوز، لأن أم سلمة كانت تمسح على خمارها، ذكره ابن المنذر، وقد روي عن النبي ﷺ «أنه أمر بالمسح على الخفين والخمار» [2] ولأنه ملبوس للرأس معتاد يشق نزعه فأشبه العمامة.

والثانية: لا يجوز المسح عليه، فإن أحمد سئل: كيف تمسح المرأة على رأسها؟ قال: من تحت الخمار ولا تمسح على الخمار، قال: وقد ذكروا أن أم سلمة كانت تمسح على خمارها. [3]

ثالثا: لبس الخمار في الصلاة:

٨ ـ اتفق الفقهاء على أن من شروط الصلاة ستر العورة، ومن العورة التي يشترط سترها في الصلاة شعر المرأة، فيجب على المرأة الحرة البالغة أن تخمّر رأسها في الصلاة، أي تغطيه بخمار كثيف لا يشف، فإن لم تفعل كانت

---

(١) حديث عائشة: «أنها أدخلت يدها تحت الخمار...» أورده صاحب بدائع الصنائع (١/ ٥) ولم نعثر عليه فيما لدينا من مراجع السنن والآثار.

(٢) سورة المائدة/ ٦

---

(١) بدائع الصنائع ١/ ٥، فتح القدير ١/ ١٠٩، الزرقاني ١/ ١٣٠، المجموع ١/ ٤٠٧ ـ ٤٠٩

(٢) حديث: «أمر النبي ﷺ بالمسح على الخفين والخمار...» أخرجه أحمد (٦/ ١٢ ـ ط الميمنية) من حديث بلال، وإسناده صحيح وورد من فعله ﷺ، أخرجه مسلم (١/ ٢٣١ ـ ط الحلبي).

(٣) المغني ١/ ٣٠١، ٣٠٥، كشاف القناع ١/ ١١٢

صلاتها باطلة، لما روي عن عائشة رضي الله تعالى عنها أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار»[١] والمراد بالحائض البالغة، لأن الحائض فعلا أثناء حيضها لا صلاة لها، لا بخمار ولا بغيره، فكان التعبير بلفظ الحائض مجازا عن البالغة لأن الحيض يستلزم البلوغ.

ثم اختلف الفقهاء فيما وراء ذلك من الأحكام:

فقال الحنفية: إن تركت الحرة البالغة ستر ربع رأسها فأكثر قدر أداء ركن بلا صنعها أعادت.

وفي أحكام الصغار للأُسترُوشَني: وجواز صلاة الصغيرة بغير قناع استحسان، لأنه لا خطاب مع الصبا، والأحسن أن تصلي بقناع لأنها إنما تؤمر بالصلاة للتعود فتؤمر على وجه يجوز أداؤها معه بعد البلوغ.

ثم قال: المراهقة[٢] إذا صلت بغير قناع لا تؤمر بالإعادة استحسانا، وإن صلت بغير وضوء تؤمر بذلك.[٣]

(١) حديث: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار...» أخرجه أبو داود (١/ ٤٢١ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم (١/ ٢٥١ - ط دائرة المعارف العثمانية) وصححه ووافقه الذهبي

(٢) المراهقة التي قد قاربت البلوغ ولم تبلغ بعد.

(٣) رد المحتار ١/ ٢٧٠ - ٢٧٣، ٢٧٦، فتح القدير ١/ ١٨٠

وقال المالكية: يندب للمرأة الحرة الصغيرة المأمورة بالصلاة ستر للصلاة - وهو واجب على الحرة البالغة - وتعيد الصلاة ندبا إن راهقت - أي قاربت البلوغ - وتركت القناع - أي تغطية الرأس - في الصلاة... وقالوا: يكره القناع في الصلاة للرجل إذا كان بصفة معينة هي أن يلقي ثوبا على كتفه ويغطي به رأسه ويرد طرفه على كتفه الآخر، وهو مكروه للرجال لأنه من زي النساء إلا من ضرورة حر، أو برد، أو يكون شعار قوم فلا يكره.[١]

وقال الشافعية: لا تقبل صلاة الصبية المميزة إلا بخمار.[٢]

وقال الحنابلة: غير البالغة لا يلزمها ستر رأسها في الصلاة لمفهوم حديث عائشة السابق.[٣]

رابعا - لبس الخمار في الإحرام:

٩ - اتفق الفقهاء على أن من محظورات الإحرام بالنسبة للرجل تغطية الرأس، وعلى أن المرأة الحرة لا تكشف رأسها في الإحرام - كما يفعل الرجل - لأن رأسها عورة يجب سترها، وعليها أن تخمر رأسها بما يستره سترا كاملا، ونقل ابن قدامة عن ابن المنذر قوله: أجمع أهل العلم على

(١) كفاية الطالب ١/ ١٣٧، جواهر الإكليل ١/ ٤٢، ٥٢

(٢) المجموع ٣/ ١٦٦

(٣) المغني ١/ ٦٠٢ - ٦٠٦، ٢/ ٤٧١

أن للمحرمة لبس القمص والدروع والسراويلات والخمر والخفاف.

واتفق الفقهاء على أنه يحرم على المرأة حال إحرامها ستروجهها، أو بعضه بما يعد ساترا، لكنهم قالوا: إن على المرأة الحرة المحرمة بحج أوعمرة أن تسترمن وجهها ما لا يتأتى ستر جميع رأسها إلا به، ولا يجوز لها أن تكشف من رأسها ما لا يتأتى كشف وجهها إلا به، لأن المحافظة على ستر الرأس بكماله لكونه عورة أولى من المحافظة على كشف ذلك القدر من الوجه الذي لا يتأتى تمام ستر الرأس إلا به.[1]

خامسا: الخمار في كفن المرأة:

١٠ - اتفق الفقهاء على أن أقل الكفن الضروري المقدور عليه ما يغطي بدن الميت رجلا كان أو امرأة إلا رأس المحرم ووجه المحرمة. وعلى أن الأفضل في الكفن للمرأة خمسة أثواب: إزار تستر به العورة، وخمار يغطى به الرأس، وقميص، ولفافتان.

قال ابن المنذر: أكثر من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن تكفن المرأة في خمسة أثواب، وإنما استحب ذلك لأن المرأة تزيد في حال حياتها على الرجل في الستر لزيادة عورتها على عورته فكذلك بعد الموت، وقد روى أبو داود بإسناده عن ليلى بنت قائف الثقفية رضي الله تعالى عنها قالت: كنت فيمن غسل أم كلثوم رضي الله تعالى عنها بنت رسول الله ﷺ عند وفاتها، فكان أول ما أعطانا رسول الله ﷺ الحقو،[1] ثم الدرع،[2] ثم الخمار، ثم الملحفة، ثم أدرجت بعد ذلك في الثوب الآخر.[3]

وعند الحنابلة أن الجارية إذا لم تبلغ لا تخمر عند تكفينها، جاء في المغني: قال المروزي: سألت أبا عبدالله في كم تكفن الجارية إذا لم تبلغ؟ قال: في لفافتين، وقميص لا خمار فيه، وكفن ابن سيرين بنتا له قد أعصرت[4] في قميص ولفافتين، ولأن غير البالغ لا يلزمها ستر رأسها في الصلاة.

واختلفت الرواية عن أحمد في الحد الذي تصير به في حكم المرأة في التكفين ويكون في كفنها الخمار، فروي عنه، إذا بلغت، وهو ظاهر

---

(١) رد المحتار ٢/ ١٨٩، جواهر الإكليل ١/ ١٨٦، الجمل ٢/ ٥٠٥، المغني ٣/ ٣٢٨

(١) في رواية الحقاء، أي الإزار.

(٢) الدرع هو القميص، وفرق بعض الفقهاء بينهما بأن شق الدرع إلى الصدر والقميص إلى المنكب (رد المحتار ١/ ٢٧٨).

(٣) حديث ليلى بنت قائف: «كنت فيمن غسل أم كلثوم»... أخرجه أبو داود (٣/ ٥١٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس)، وفي إسناده نوح بن حكيم الثقفي وفيه جهالة كما في ترجمته في «التهذيب» لابن حجر (١٠/ ٤٨٢ - ط دائرة المعارف العثمانية).

(٤) أعصرت أي قاربت المحيض.

كلامه في رواية المروزي لقول النبي ﷺ: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار». (١) مفهومه أن غيرها لا تحتاج إلى خمار في صلاتها فكذلك في كفنها.

وروى عن أحمد أكثر أصحابه: إذا كانت بنت تسع سنين يصنع بها ما يصنع بالمرأة، واحتج بحديث عائشة رضي الله تعالى عنها أن النبي ﷺ دخل بها وهي بنت تسع سنين، (٢) وعنها رضي الله تعالى عنها قالت: إذا بلغت الجارية تسعا فهي امرأة. (٣)

وفي ترتيب أثواب الكفن وموضع الخمار بينها تفصيل ينظر في مصطلح: (تكفين).

خمر

انظر: أشربة

---

(١) حديث: «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار».. سبق تخريجه ف/ ٨

(٢) حديث عائشة رضي الله تعالى عنها: «أن النبي ﷺ دخل بها وهي بنت تسع سنين...» أخرجه البخاري (فتح الباري ٩/ ١٩٠ نشر السلفية) ومسلم (٢/ ١٠٣٨ ط الحلبي) بهذا المعنى.

(٣) رد المحتار ١/ ٥٧٨، جواهر الإكليل ١/ ١١٠، قليوبي ١/ ٣٢٨، المغني ٢/ ٤٧٠ - ٤٧١

خمس

التعريف:

١ - الخمس - بضم الخاء وسكون الميم أو ضمها - الجزء من خمسة أجزاء، والخمس - بفتح الخاء وسكون الميم - أخذ واحد من خمسة، يقال: خمستهم أخمسهم - بضم الميم في المضارع - أي أخذت خمس أموالهم، وخمستهم أخمسهم - بكسر الميم في المضارع - أي كنت خامسهم أو كملتهم خمسة بنفسي، ويقال: خمّست الشيء - بالتثقيل - أي جعلته خمسة أجزاء، ويقال: أخمس القوم أي صاروا خمسة. (١) والخمس: خمس الغنيمة أو الفيء، والتخميس: إخراج الخمس من الغنيمة. (٢)

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

الألفاظ ذات الصلة:

أ - المرباع:

٢ - المرباع هو الربع: قال قطرب: المرباع

---

(١) المصباح المنير، القاموس المحيط، ولسان العرب في المادة.

(٢) قواعد الفقه للبركتي المجددي ٢٥٤

الـربـع ، والمعشـار العشـر ولم يسمع في غيرهما ، ومنــه قول الـنـبي ﷺ لعــدي بن حاتم قبــل إسلامه : «إنك لتأكل المرباع وهو لا يحل لك في دينك»[١] كانوا في الجاهلية إذا غزا بعضهم بعضـا وغنمـوا أخذ الرئيس ربع الغنيمة خالصا دون أصحابه وقال الشاعر:

لك المرباع منها والصفايا
وحكمك والنشيطة والفضول[٢]

والفرق بين اللفظين اختلاف القدر بينهما.

ب ـ الصفي :

٣ ـ الصفي : ما كان يصطفيه الرئيس في الحرب قبـل الإسلام لنفسه من الغنيمة دون أصحابه ، وما لا يستقيم أن يقسم على الجيش.

والـصـفي في الإســلام شيء كان النبي ﷺ يصـطفيـه لنفسـه قبـل القسـمة كسيف أو فرس أو أمَــة ، وقـد اصطفى ﷺ سيف منبـه بن أبي الحجاج ـ وهو ذو الفِقار ـ يوم بدر،[٣] واصطفى صفية بنت حيي رضي الله عنها.[١]

وقد انقطع ذلك بموته ﷺ.[٢]

والـفــرق بين الخـمس والصفي أن الخمس الـذي شرعـه الله تعـالى في الغنـائم وغـيرها له مصــارف معينـة ، أمـا الصفي فكـان للنبي ﷺ وللرئيس في الحرب قبل الإسلام.

جـ ـ النشيطة :

٤ ـ النشيطة من الغنيمة : ما يصْيبه القوم قبل أن يصلوا إلى الحي الـذي يريـدون الإغـارة عليـه فينشطه الرئيس من بين أيديهم ويأخذه قبل القسمة.[٣]

والفرق بين النشيطة والخمس من الغنيمة أن النشيطة كان يستأثر بها الرئيس في الجاهلية ، أما الخمس فقد بين الله تعالى مصارفه.

د ـ الفضول :

٥ ـ الفضــول من الغنيمــة : بقـايـا تبقى منهـا لا تستقيم قسمتهــا على الجيش لقلتهـا وكثـرة الجيش فيختص بها رئيس الجيش قبل

(١) حديث : «إنـك لتأكـل المرباع وهو لا يحل لك في دينك». أخرجه أحمد (٤/ ٢٥٧ ـ ط الميمنية) من حديث عدي بن حاتم.

(٢) المصباح المنير ولسان العرب مادة : «ربع».

(٣) حديـث : «اصطـفـى ﷺ سيف منبـه بن أبي الحجــاج ـ وهـو. . .». أخـرجـه الترمذي (٤/ ١٣٠ ـ ط الحلبي وابن ماجـه (٢/ ٩٣٩ ـ ط الحلبي) من حديث عبـدالله بن عباس وقال الترمذي : «حديث حسن».

(١) حديـث : «اصطـفـى صفيــة بنت حيي. . .» أخــرجــه الـبـخــاري (الـفـتــح ١/ ٤٨٠ ـ ط السلفيــة)، ومسلم (٢/ ١٠٤٤ ـ ط الحلبي) من حديث أنس بن مالك.

(٢) المصبــاح المنـير، التعــريفـات ١٧٥ ، والمغني ٦/ ٤٠٩ ، وكشاف القناع ٣/ ٨٥

(٣) المفردات في غريب القرآن/ ٤٩٣ ، ومعجم مقاييس اللغة ٥/ ٤٢٦

الإسلام. (١)

والفرق بين الفضول من الغنيمة والخمس أن الفضول كان يخص بها رئيس الجيش في الجاهلية نفسه ويستأثر بها دون أصحابه، أما الخمس فقد بيّن الله تعالى مصارفه.

الحكم التكليفي :

٦ - اتفق الفقهاء على وجوب تخميس الغنيمة لقوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾(٢)

واختلفوا في تخميس الفيء على ما سيأتي.

الأموال التي تخمس :

أولا : الغنيمة :

٧ - وهي المال الذي يأخذه المسلمون من الكفار بالقوة والقهر بإيجاف الخيل والركاب. (٣)

ولم تكن الغنائم تحل لمن مضى من الأمم، وفي الحديث النبوي المتفق عليه: «أعطيت خمسا لم يعطهن نبي قبلي... وأحلت لي الغنائم»(٤) وكانت الغنائم في أول الإسلام لرسول الله ﷺ، لقوله تعالى: ﴿يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول﴾(١) ثم صار أربعة أخماسها للغانمين، والخمس لغيرهم لقوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول...﴾(٢) فأضاف الغنيمة إليهم وجعل الخمس لغيرهم فدل ذلك على أن سائرها (البقية) لهم، وقوله تعالى: ﴿فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا﴾(٣) فأحلها الله لهم. (٤)

والغنيمة إذا كانت أرضا فتحت عنوة ففي تخميسها خلاف بين الفقهاء ينظر في: (تخميس وغنيمة وأرض وخراج).

وإن كانت الغنيمة من الأموال المنقولة وجب تخميسها وقسم أخماسها الأربعة على الغانمين، وصرف الخمس في مصارفه.

ويبدأ الإمام أو الأمير في قسم الغنيمة بالسّلَب فيعطيه للقاتل، ثم يخرج المؤن اللازمة كأجرة حمال وحافظ وغيرهما، ثم يجعل الباقي خمسة أقسام متساوية، خمس لأهل الخمس، والأربعة الأخماس للغانمين. (٥)

واختلف الفقهاء في كيفية قسم خمس الغنيمة على أقوال:

---

(١) المصباح المنير ولسان العرب مادة: «فضل».

(٢) سورة الأنفال / ٤١

(٣) رد المحتار ٣/ ٢٢٨، كفاية الطالب ٢/ ٧، قليوبي وعميرة ٣/ ١٩١، المغني ٦/ ٤٠٣

(٤) حديث: «أعطيت خمسا لم يعطهن نبي قبلي... وأحلت لي الغنائم». أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٤٣٦ - ط السلفية) ومسلم (١/ ٣٧١ - ط الحلبي) من حديث جابر بن عبدالله.

---

(١) سورة الأنفال/ ١

(٢) سورة الأنفال/ ٤١

(٣) سورة الأنفال/ ٦٩

(٤) المغني ٦/ ٤٠٣

(٥) روضة الطالبين ٦/ ٣٧٦

القول الأول :

٨ ـ قال الشافعية والحنابلة : يقسم خمس الغنيمة على خمسة أسهم ، لقوله تعالى : ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾[(١)] ولما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما : «كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة»[(٢)] وبهذا قال عطاء ومجاهد والشعبي والنخعي وقتادة وابن جريج .[(٣)]

وبيان هذه الأسهم كالآتي :

١ ـ سهم لله تعالى ولرسوله ﷺ : وكان هذا السهم له ﷺ في حياته يضعه في مصارفه التي يراها ، ثم صار من بعده ﷺ يصرف في الكُراع والسلاح ومصالح المسلمين ، كسد الثغور ، وشحنها بالعُدد ، والمقاتلة ، وكعمارة المساجد ، والقناطر ، والحصون ، وأرزاق القضاة ، والأئمة ، والعلماء بعلوم تتعلق بمصالح المسلمين ، لأن بالثغور حفظ المسلمين ، ولئلا يتعطل من ذكر بالاكتساب عن الاشتغال بهذه العلوم وعن تنفيذ الأحكام وعن التعليم والتعلم ، فيرزقون ما يكفيهم ليتفرغوا لذلك . ويقدم الأهم فالأهم وجوبا .

(١) سورة الأنفال/ ٤١

(٢) «كان رسول الله ﷺ يقسم الخمس على خمسة » أثر ابن عباس . أخرجه ابن جرير (١٣/ ٥٥١ ـ ط المعارف) .

(٣) المغني ٦/ ٤٠١ ـ ٤٠٧

وقالوا : إن سهم الله تعالى والرسول ﷺ واحد ، لأن ذكر الله تعالى في الآية الكريمة بقوله ﴿فأن لله خمسه﴾ لافتتاح الكلام باسمه تعالى تبركا به لا لإفراده سبحانه بسهم ، فإن لله تعالى الدنيا والآخرة .[(١)]

٢ سهم لبني هاشم وبني المطلب ابني عبد مناف : وهم المراد بقول الله تعالى : ﴿ولذي القربى﴾ دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل وإن كان الأربعة أبناء عبد مناف ، لاقتصار النبي ﷺ في القسم على بني الأولين مع سؤال بني الآخرين له ، روي عن جبير بن مطعم رضي الله تعالى عنه أنه قال : لما قسم رسول الله ﷺ سهم ذي القربى من خيبر بين بني هاشم وبني المطلب أتيت أنا وعثمان بن عفان رسول الله ﷺ فقلنا : يارسول الله ، أما بنو هاشم فلا ننكر فضلهم لمكانك الذي وضعك الله به منهم ، فما بال إخواننا من بني المطلب أعطيتهم وتركتنا ، وإنما نحن وهم منك بمنزلة واحدة؟ فقال ﷺ : «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام ، وإنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد» وشبك بين أصابعه .[(٢)]

(١) مغني المحتاج ٣/ ٩٣ ، المغني ٦/ ٤٠٦

(٢) حديث جبير بن مطعم : «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام» . أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ٢٤٤ ـ ط السلفية) دون قوله : «إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام» وأخرجه أحمد (٤/ ٨١ ـ ط الميمنية) والنسائي (٧/ ١٣١ ـ ط المكتبة التجارية) .

والعبرة في الاستحقاق من هذا السهم بالانتساب إلى الآباء، أي بكون الأب من بني هاشم أو بني المطلب، أما من كانت أمه منهم وأبوه من غيرهم فإنه لا يستحق شيئا، لأن النبي ﷺ لم يدفع إلى أقارب أمه وهم بنو زهرة شيئا، وإنما دفع إلى أقارب أبيه، ولم يدفع إلى بني عماته وهم الزبير بن العوام، وعبد الله والمهاجر ابنا أبي أمية، وبنو جحش.

ويشترك في الاستحقاق من هذا السهم الذكور والإناث، لأن القرابة تشملهم، ولحديث جبير السابق، ولما روي أن الزبير رضي الله عنه كان يأخذ سهم أمه صفية عمة النبي ﷺ، وفي النسائي أنه ﷺ أسهم يوم خيبر لصفية، وكان الصديق رضي الله تعالى عنه يدفع للسيدة فاطمة رضي الله تعالى عنها من هذا السهم.

والمذهب عند الشافعية ورواية عن أحمد - وهي اختيار الخرقي - أنه يقسم بين ذوي القربى للذكر مثل حظ الأنثيين، لأنه سهم استحق بقرابة الأب شرعا ففضل فيه الذكر على الأنثى كالميراث، ويفارق الوصية وميراث ولد الأم، فإن الوصية استحقت بقول الموصي، وميراث ولد الأم استحق بقرابة الأم.

والرواية الثانية عن أحمد وما نقل عن المزني وأبي ثور وابن جرير أنه يسوى بين الذكر والأنثى، لأنهم أعطوا باسم القرابة والذكر والأنثى فيها سواء، فأشبه ما لو وصى لقرابة فلان أو وقف عليهم، فإن الجد يأخذ مع الأب، وابن الابن يأخذ مع الابن، وهذا يدل على مخالفة المواريث، ولأنه سهم من خمس الخمس لجماعة فيستوي فيه الذكر والأنثى كسائر سهامه.

ويستوي في الاستحقاق - على الروايتين - الصغير والكبير لاستوائهم في القرابة فأشبه الميراث.

وغني بني هاشم وبني المطلب وفقيرهم في الاستحقاق من هذا السهم سواء، لعموم قوله تعالى: ﴿ولذي القربى﴾ ولا يجوز التخصيص بغير دليل، ولأن النبي ﷺ كان يعطي أقاربه كلهم وفيهم الأغنياء كالعباس رضي الله تعالى عنه وكان من أغنياء قريش، ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم، وروى أحمد في مسنده «أن النبي ﷺ أعطى الزبير سهما، وأمه سهما، وفرسه سهمين» (١).

وإنما أعطى أمه من سهم ذي القربى وقد كانت موسرة ولها موالٍ وأموال، ولأنه مال مستحق بالقرابة فاستوى فيه الغني والفقير

---

(١) حديث: «أن النبي ﷺ أعطى الزبير سهما وأمه سهما...» أخرجه أحمد (١/ ١٦٦ - ط الميمنية)، ولمح ابن حجر إلى الانقطاع في سنده، كذا في «تعجيل المنفعة ص٣٣٥ نشر دار الكتاب العربي».
والأسهم المعطاة للزبير وفرسه هي من الغنيمة بصفته من المجاهدين.

كالميراث والوصية للأقارب، ولأن عثمان وجبيرا رضي الله تعالى عنهما طلبا حقهما منه وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما وهما موسران فعلله النبي ﷺ بنصرة بني المطلب دونهم وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد، ولو كان اليسار مانعا والفقر شرطا لم يطلبا مع عدمه، ولعلل النبي ﷺ منعهما بيسارهما وانتفاء فقرهما.

وقيل: لا حق في هذا السهم لغني قياسا على بقية السهام.[(١)]

٣ ـ سهم لليتامى: وهم الذين مات آباؤهم ولم يبلغوا الحلم، فإن بلغوا الحلم لم يكونوا يتامى لحديث: «لا يتم بعد احتلام».[(٢)]

والمشهور عند الشافعية وهو قول لبعض الحنابلة. إنه يشترط لاستحقاق اليتيم من هذا السهم أن يكون فقيرا، لأن لفظ اليتيم يشعر بالحاجة، ولأن اغتناءه بمال أبيه إذا منع استحقاقه فاغتناؤه بماله أولى بمنعه.

ومقابل المشهور عند الشافعية وهو ما رجحه ابن قدامة من مذهب الحنابلة: أنه لا يشترط لاستحقاق اليتيم من هذا السهم أن يكون فقيرا لشمول لفظ اليتيم للغني والفقير، ولأن عموم الآية يشمل الغني والفقير.

وصرح الشافعية والحنابلة بأنه يشترط لاستحقاق اليتيم الإسلام، فلا يعطى أيتام الكفار من هذا السهم شيئا، لأنه مال أخذ من الكفار فلا يرجع إليهم، وصرح الشافعية بأنه يندرج في تفسير اليتيم: ولد الزنى واللقيط والمنفي باللعان.[(١)]

٤ ـ سهم للمساكين: وهم أهل الحاجة، ويدخل فيهم الفقراء، فالمساكين والفقراء في الاستحقاق من هذا السهم صنف واحد، وفي الزكاة صنفان لأنه جمع بين لفظيهما بواو العطف في آية مصارف الزكاة، وفرق فقهاء الشافعية والحنابلة ـ في باب الزكاة ـ بين الفقير والمسكين فقالوا: الفقير: من لا مال له ولا كسب يقع موقعا من كفايته، والمسكين: من له مال أو كسب يقع موقعا من كفايته ولا يكفيه.[(٢)]

٥ ـ سهم لابن السبيل: وقد اختلف الشافعية والحنابلة في تعريف ابن السبيل الذي يستحق من هذا السهم ومن الزكاة. وانظر تفصيل القول في ابن السبيل مصطلح: (زكاة).

واختلف الرأي عند الشافعية والحنابلة في

---

(١) مغني المحتاج ٣/ ٩٤، أسنى المطالب ٣/ ٨٨، المغني ٦/ ٤١١ ـ ٤١٣

(٢) حديث: «لا يتم بعد احتلام...» أخرجه أبو داود (٣/ ٢٩٣ ـ ٢٩٤ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث علي بن أبي طالب وفي إسناده مقال، ولكنه صحيح لطرقه التلخيص لابن حجر (٣/ ١٠١ ـ ط شركة الطباعة الفنية)

(١) المحلي على المنهاج ٣/ ١٨٩، مغني المحتاج ٣/ ٩٥، المغني ٦/ ٤١٣، وكشاف القناع ٣/ ٨٦

(٢) مغني المحتاج ٣/ ٩٥ ـ ١٠٦ ـ ١٠٨، المغني ٦/ ٤١٣ ـ ٤٢١

تعميم المستحقين أصحاب السهام الأربعة المتأخرة بالعطاء.

فذهب جمهور فقهاء الشافعية وهو المذهب عند الحنابلة إلى أنه يجب على الإمام أو نائبه أن يعم المستحقين من سهام ذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل بالعطاء إن وفى المال، نعم يجعل ما في كل إقليم لساكنيه، فإن عدمه بعض الأقاليم بأن لم يكن في بعضها شيء، أو لم يستوعبهم بأن لم يف بمن فيه إن وزع عليهم نقل إليهم بقدر ما يحتاج إليه في التسوية بين المنقول إليهم وغيرهم، ولا يجوز الاقتصار على ثلاثة من كل صنف من أصناف هذه السهام الأربعة كما يقول بعضهم، ويجوز أن يفاضل بين اليتامى، وبين المساكين، وبين أبناء السبيل، لأنهم يستحقون بالحاجة فتراعى حاجتهم، بخلاف ذوي القربى فإنهم يستحقون بالقرابة، فإن كان الحاصل يسيرا لا يسد مسدا بالتوزيع قدم الأحوج فالأحوج ولا يستوعب، للضرورة، وتصير الحاجة مرجحة وإن لم تكن معتبرة في الاستحقاق.

وقال بعض الشافعية والحنابلة: يخص أهل كل ناحية بخمس مغزاها، لما يلحق في نقله من المشقة، ولأنه يتعذر تعميم أصحاب السهام به فلم يجب، قال ابن قدامة: والصحيح - إن شاء الله - أنه لا يجب التعميم لأنه يتعذر.

ومن فقد من هذه الأصناف أعطي الباقون نصيبه. (١)

واختلف الشافعية والحنابلة فيمن اجتمع فيه أكثر من وصف، أو سبب من أسباب الاستحقاق من الخمس:

فقال الشافعية: من اجتمع فيه وصفان أخذ بأحدهما باختياره، فإن كان أحدهما غزوا جاز الأخذ بهما. (٢)

وقال الحنابلة: إن اجتمع في واحد أسباب كالمسكين إذا كان يتيما وابن سبيل، استحق بكل واحد منها لأنها أسباب لأحكام، فوجب أن نثبت أحكامها كما لو انفردت، فلو أعطاه ليتمه فزال فقره لم يعط لفقره شيئا. (٣)

القول الثاني:

٩ - قال الحنفية: يقسم خمس الغنيمة ثلاثة أسهم: لليتامى، والمساكين (ويشملون الفقراء) وأبناء السبيل.

واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾ (٤)

---

(١) مغني المحتاج ٣/ ٩٥، القليوبي ٣/ ١٨٩، المغني ٦/ ٤١٢

(٢) القليوبي ٣/ ١٨٩

(٣) المغني ٦/ ٤١٤

(٤) سورة الأنفال/ ٤١

وقالوا: إن ذكر اسم الله تعالى للتبرك في افتتاح الكلام إذ الدنيا والآخرة لله تعالى، ولأن الخلفاء الراشدين لم يفردوا هذا السهم ولم ينقل عنهم، وأما سهم النبي ﷺ فكان يستحقه بالرسالة كما كان يستحق الصفي من المغنم، فسقطا بموته جميعا، وقد قال ﷺ: «إنه لا يحل لي مما أفاء الله عليكم قدر هذه إلا الخمس والخمس مردود عليكم». [1] وكذلك الأئمة المهديون لم يفردوه بعده عليه الصلاة والسلام، ولو بقي بعده أو استحقه غيره لصرفوه إليه.

وأما سهم ذوي القربى فإنهم كانوا يستحقونه في زمن النبي ﷺ بالنصرة وبعده بالفقر، لحديث جبير بن مطعم وعثمان بن عفان رضي الله تعالى عنهما «الذي سبق» وهو يدل على أن الاستحقاق كان بالنصرة، فتبين أن المراد قرب النصرة لا قرب النسب، ولأن أبا بكر وعمر وعثمان وعليا رضي الله تعالى عنهم قسموه على ثلاثة كما تقدم وكفى بهم قدوة.

وقالوا: إنما يعطى من الخمس من كان من ذوي القربى على صفة الأصناف الثلاثة لقوله عليه الصلاة والسلام: «يابني هاشم، إن الله تعالى كره لكم أوساخ الناس، وعوضكم عنها بخمس الخمس» [1] والصدقة إنما حرمت على فقرائهم، لأنها كانت محرمة على أغنيائهم وأغنياء غيرهم، فيكون خمس الخمس لمن حرمت عليه الصدقة، وما روي أن عمر رضي الله تعالى عنه كان ينكح منه أيمهم، ويقضي منه غارمهم، ويخدم منه عائلهم، وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير.

وقالوا: إذا ثبت أنه لا سهم لله تعالى، وسهم النبي ﷺ سقط، وسهم ذوي القربى يستحقونه بالفقر، لم يبق إلا الأصناف الثلاثة اليتامى والمساكين وابن السبيل فوجب أن يقسم عليهم، ويدخل ذوو القربى فيهم إذا كانوا بصفتهم.

وقالوا: يشترط لاستحقاق اليتيم أن يكون فقيرا، لأن سبب استحقاق الأصناف الثلاثة في

(١) حديث: «إنه لا يحل لي مما أفاء الله عليكم قدر هذه إلا ...». أخرجه النسائي (٧/ ١٣١ ـ ط المكتبة التجارية) من حديث عبادة بن الصامت. وإسناده حسن.

(١) حديث: «يابني هاشم، إن الله كره لكم أوساخ الناس».
قال الزيلعي في نصب الراية (٢/ ٤٠٣ ـ ط المجلس العلمي بالهند): «غريب» يعني أنه لا أصل له بهذا اللفظ، ثم ذكر لفظ مسلم وهو: «إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد، إنما هي أوساخ الناس» وهو فيه (٢/ ٧٥٣ ـ ط الحلبي) من حديث عبدالمطلب بن ربيعة وأخرج الطبراني في الكبير (١١/ ٢١٧ ـ ط وزارة الأوقاف العراقية) من حديث عبدالله بن عباس مرفوعا: «لا يحل لكما أهل البيت من الصدقات شيء ولا غسالة الأيدي إن لكم في خمس الخمس لما يغنيكم أو يكفيكم».
وأورده الهيثمي في «المجمع» (٣/ ٩١ ـ ط القدسي) وقال: (فيه حسين بن قيس الملقب بحنش، وفيه كلام كثير، وقد وثقه أبو محصن).

الخمس احتياج بيتم، أومسكنة، أوكونه ابن سبيل، فلا يجوز الصرف لغنيهم، ثم إنهم مصارف لا مستحقون حتى إنه لوصرف إلى صنف واحد منهم جاز. (١)

القول الثالث:

١٠ - وقال المالكية: يضع الإمام الخمس إن شاء في بيت المال، أويصرفه في مصالح المسلمين من شراء سلاح وغيره، وإن شاء قسمه فيدفعه لآل النبي ﷺ أولغيرهم، أويجعل بعضه فيهم وبقيته في غيرهم.

فالخمس موكول إلى نظر الإمام واجتهاده، فيأخذ منه من غيرتقدير، ويعطي القرابة باجتهاده ويصرف الباقي في مصالح المسلمين، وبه قال الخلفاء الأربعة وبه عملوا، وعليه يدل قوله ﷺ: «مالي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم»(٢) فإنه لم يقسمه أخماسا ولا أثلاثا، وإنما ذكر في الآية من ذكر على وجه التنبيه عليهم لأنهم أهم من يدفع إليه، قال الزجاج محتجا لمالك: قال الله عز وجل: ﴿يسألونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم من خير فللوالدين والأقربين واليتامى والمساكين وابن السبيل﴾(١) وجائز للرجل بإجماع أن ينفق في غير هذه الأصناف إذا رأى ذلك.

وذكر النسائي عن عطاء قال: خمس الله وخمس رسوله واحد،(٢) كان رسول الله ﷺ يحمل منه ويعطي منه، ويضعه حيث شاء، ويصنع به ما شاء. (٣)

القول الرابع:

١١ - قالت طائفة: يقسم الخمس على ستة أسهم: سهم لله تعالى، وسهم لرسول الله ﷺ، وسهم لذوي القربى، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين، وسهم لابن السبيل، وذلك لظاهر قول الله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه...﴾ الآية، فعد ستة، وجعل تعالى لنفسه سهما سادسا وهومردود على عباد الله أهل الحاجة. (٤)

القول الخامس:

١٢ - قال أبو العالية: سهم الله عز وجل هو أن الإمام إذا عزل الخمس ضرب بيده عليه فما

---

(١) ابن عابدين ٣/ ٢٣٦ - ٢٣٧، فتح القدير ٤/ ٣٢٨، الاختيار ٤/ ١٣١ - ١٣٢

(٢) الحديث سبق تخريجه ف/ ٩

(١) سورة البقرة/ ٢١٥

(٢) الأثر عن عطاء: «خمس الله وخمس رسوله واحد». أخرجه النسائي (٧/ ١٣٢ - ١٣٣ - ط المكتبة التجارية.

(٣) كفاية الطالب ٢/ ٧، تفسير القرطبي ٨/ ١١

(٤) المغني ٦/ ٤٦، تفسير القرطبي ٨/ ١٠

قبض عليه من شيء جعله للكعبة، ثم يقسم بقية السهم على خمسة، وروي عن أبي العالية قوله: «كان رسول الله ﷺ يؤتى بالغنيمة فيقسمها على خمسة، تكون أربعة أخماس لمن شهدها، ثم يأخذ الخمس فيضرب بيده فيه، فيأخذ منه الذي قبض كفه فيجعله للكعبة، وهو سهم الله، ثم يقسم ما بقي على خمسة أسهم فيكون سهم للرسول، وسهم لذي القربى، وسهم لليتامى، وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل، قال: والذي جعله للكعبة هو السهم الذي لله». [1]

ثانيا: الفيء:

١٣ - الفيء مصدر فاء إذا رجع، قال الله تعالى: ﴿... حتى تفيء إلى أمر الله﴾[2] أي ترجع.

والفيء في الاصطلاح: المال - ونحوه مما ينتفع به - الحاصل للمسلمين من الكفار مما هو لهم بلا قتال ولا إيجاف خيل ولا ركاب. [3]

ويشمل الفيء: ما جلا عنه الكفار، وما أخذه العاشر منهم، والجزية، والخراج، وتركة ذمي أو نحوه مات بلا وارث، وتركة مرتد مات أو قتل على الردة - على تفصيل في المذاهب - وما أخذ من مال تغلبي وتغلبية، وهدية الكفار للإمام عن بعضهم. [1] وقد اختلف الفقهاء في الفيء:

فذهب الحنفية والمالكية - وهو ما رجحه القاضي من روايتين عن أحمد - إلى أن الفيء لا يخمس، ومحله بيت مال المسلمين ويصرفه الإمام باجتهاده في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور، وكفاية العلماء والمتعلمين والقضاة والعمال، ورزق المقاتلة وذراريهم.. وقال المالكية: يبدأ بآل النبي ﷺ ندبا.

وقال الشافعية وهو ما رجحه الخرقي من روايتي أحمد: يخمس الفيء، وخمسه لأصحاب خمس الغنيمة - وقد تقدم بيانهم - والأخماس الأربعة للمرتزقة، وهم الأجناد المرصدون للجهاد.. في الأظهر عند الشافعية وما ذهب إليه الخرقي من الحنابلة.

ومقابل الأظهر عند الشافعية: أنها تصرف في مصالح المسلمين ولا يختص بها المرتزقة. [2] ولمزيد من التفصيل ينظر: (فيء).

---

(١) المغني ٦/ ٤٠٦، الأموال لأبي عبيد ١٤، تفسير القرطبي ٨/ ١٠

وقول أبي العالية: كان رسول الله ﷺ يؤتى بالغنيمة فيقسمها على...» أخرجه ابن جرير في تفسيره (١٣/ ٥٥٠ - ٥٥١ ط المعارف).

(٢) سورة الحجرات/ ٩

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ١١٦، جواهر الإكليل ١/ ٢٦٠، مغني المحتاج ٣/ ٩٢، المغني ٦/ ٤٠٣

---

(١) الدر المختار ٣/ ٢٨٠، الزرقاني ٣/ ١٢٧، مغني المحتاج ٣/ ٩٣، المغني ٦/ ٤٠٢

(٢) الدر المختار ٣/ ٢٨٠، الزرقاني ٣/ ١٢٧، المغني ٦/ ٤٠٤ - ٤١٤، مغني المحتاج ٣/ ٩٥

ثالثا : السلب :

١٤ ـ السلب : ثياب القتيل ـ من الكفار ـ وسلاحه، ومركوبه وما عليه ومعه من قماش، ومال (على تفصيل واختلاف).

وقد ذهب جمهور الفقهاء ـ وهو المشهور عند الشافعية ـ إلى أن السلب ـ إن استحقه القاتل ـ لا يخمس، لما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل ولم يخمس السلب»[١] ولقوله ﷺ: «من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه»[٢] فهو بعمومه يقتضي أن السلب كله للقاتل ولو خمس لم يكن كله له.

ومقابل المشهور عند الشافعية ـ وهو ما حكاه ابن قدامة عن ابن عباس والأوزاعي ومكحول ـ أن السلب يخمس فيدفع خمسه لأهل الفيء، والباقي للقاتل، لعموم قول الله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه...﴾

(١) حديث: «قضى رسول الله ﷺ بالسلب للقاتل...» أخرجه أبو داود (٣/ ١٦٥ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس)، وأورده ابن حجر في «التلخيص» (٣/ ١٠٥ ـ ط شركة الطباعة الفنية) وقال: «وهو ثابت في صحيح مسلم من حديث طويل فيه قصة لعوف بن مالك مع خالد بن الوليد».

(٢) حديث: «من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه». أخرجه البخاري (الفتح ٦/ ٢٤٧ ـ ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٣٧١ ـ ط الحلبي) من حديث أبي قتادة.

وقال الحنفية: إذا لم ينفَّل بالسلب فهو من جملة الغنيمة يخمس، ولا يستحقه القاتل لقول النبي ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»[١] فإذا جعل الإمام السلب للقاتل انقطع حق الباقين عنه، ولا يخمس السلب إلا أن يقول: من قتل قتيلا فله سلبه بعد الخمس، فإنه يخمس.

وقال إسحاق: إن استكثر الإمام السلب خمسه وذلك إليه، لما روى ابن سيرين أن البراء ابن مالك بارز مرزبان الزارة بالبحرين فطعنه فدقّ صلبه وأخذ سواريه وسلبه، فلما صلى عمر الظهر أتى أبا طلحة في داره فقال: إنا كنا لا نخمس السلب، وإن سلب البراء قد بلغ مالا وأنا خامسه، فكان أول سلب خمس في الإسلام سلب البراء، رواه سعيد في السنن، وفيها أن سلب البراء بلغ ثلاثين ألفا.[٢]

رابعا : الركاز :

١٥ ـ الركاز: المدفون في الأرض، واشتقاقه من رُكز إذا أُخفي، يقال: ركز الرمح إذا غرز أسفله في الأرض، ومنه الركز وهو الصوت الخفي

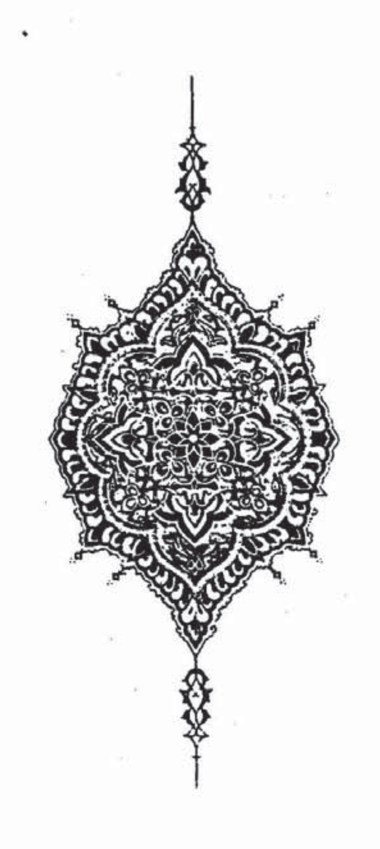
(١) حديث: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه». أورده الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٩٠ ـ ط المجلس العلمي) وقال: «رواه الطبراني، وفيه ضعف، من حديث معاذ».

(٢) الاختيار ٤/ ١٣٣، جواهر الإكليل ١/ ٢٦١، مغني المحتاج ٣/ ١٠٠ ـ ١٠٣، المغني ٨/ ٣٩٠ ـ ٣٩٢

قال الله تعالى: ﴿... أو تسمع لهم ركزا﴾[1]

والواجب في الركاز الخمس لما روى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال: «... وفي الركاز الخمس».[2]

ولبيان الواجب في الركاز وما في معناه من المعادن والكنوز، والشروط التي يتعلق بها الوجوب من حيث طبيعة الدفن، وصفته، وموضعه ومصرف الخمس، ومن يجب عليه. ينظر: (زكاة، ركاز، معدن، كنز).



(١) سورة مريم/ ٩٨

(٢) حديث: «أن رسول الله ﷺ قال: «... وفي الركاز الخمس». أخرجه البخاري (الفتح ٣/ ٣٦٤ ـ ط السلفية) من حديث أبي هريرة.

خنثى

التعريف:

١ ـ الخنثى في اللغة: الذي لا يخلص لذكر ولا أنثى، أو الذي له ما للرجال والنساء جميعا من الخنث، وهو اللين والتكسر، يقال: خنثت الشيء فتخنث، أي: عطفته فتعطف، والاسم الخنث.[1]

وفي الاصطلاح: من له آلتا الرجال والنساء، أو من ليس له شيء منهما أصلا، وله ثقب يخرج منه البول.[2]

الألفاظ ذات الصلة:

المخنث:

٢ ـ المخنث بفتح النون: هو الذي يشبه المرأة في اللين والكلام والنظر والحركة ونحو ذلك، وهو ضربان.

(١) لسان العرب مادة: «خنث».

(٢) ابن عابدين ٥/ ٤٦٤، ونهاية المحتاج ٦/ ٣١ ط مصطفى البابي الحلبي والمغني ٦/ ٢٥٣، ٦٧٧ ط الرياض، العذب الفائض ٢/ ٥٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٤٨٩

أحدهما: من خلق كذلك، فهذا لا إثم عليه.

والثاني: من لم يكن كذلك خلقة، بل يتشبه بالنساء في حركاتهن وكلامهن، (١) فهذا هو الذي جاءت الأحاديث الصحيحة بلعنه.

فالمخنث لاخفاء في ذكوريته بخلاف الخنثى.

أقسام الخنثى :

ينقسم الخنثى إلى مشكل وغير مشكل:

أ - الخنثى غير المشكل :

٣ - من يتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة، فيعلم أنه رجل، أو امرأة، فهذا ليس بمشكل، وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة، أو امرأة فيها خلقة زائدة، وحكمه في إرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه.

ب - الخنثى المشكل :

٤ - هو من لا يتبين فيه علامات الذكورة أو الأنوثة، ولا يعلم أنه رجل أو امرأة، أو تعارضت فيه العلامات، فتحصل من هذا أن المشكل نوعان:

نوع له آلتان، واستوت فيه العلامات، ونوع ليس له واحدة من الآلتين وإنما له ثقب. (٢)

ما يتحدد به نوع الخنثى :

٥ - يتبين أمر الخنثى قبل البلوغ بالمبال، وذلك على التفصيل الآتي:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخنثى قبل البلوغ إن بال من الذكر فغلام، وإن بال من الفرج فأنثى، لما روي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما، أن النبي ﷺ سئل عن المولود له قبل وذكر، من أين يورث؟ قال يورث من حيث يبول. (١) وروي أنه عليه الصلاة والسلام أتي بخنثى من الأنصار، فقال: «ورثوه من أول ما يبول منه». (٢) ولأن منفعة الآلة عند الانفصال من الأم خروج البول، وما سواه من المنافع يحدث بعدها، وإن بال منهما جميعا فالحكم للأسبق، وروي ذلك عن علي ومعاوية، وسعيد بن المسيب، وجابر بن زيد وسائر أهل العلم.

---

(١) ابن عابدين ٣/ ١٨٣، ١٨٤

(٢) ابن عابدين ٥/ ٤٦٤، ٤٦٥، وفتح القدير ٨/ ٥٠٤، ٥٠٥ ط دار صادر، ومواهب الجليل ٦/ ٤٢٤، والشرح =

= الصغير ٤/ ٧٢٥، ٧٢٦، ٧٢٧، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤١، ٢٤٢، والمغني ٦/ ٢٥٣، ٢٥٤، وروضة الطالبين ١/ ٧٨

(١) حديث: «سئل في المولود له قبل وذكر، من أين يورث؟» أخرجه البيهقي (٦/ ٢٦١ - ط دائرة المعارف العثمانية) من طريق الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس وضعف إسناده. وقال ابن حجر في التلخيص (١/ ١٢٨ - ط شركة الطباعة الفنية): الكلبي هو محمد بن السائب: متروك الحديث بل كذاب».

(٢) حديث: «ورثوه من أول ما يبول منه». أورده المغني (٦/ ٢٥٣ ط الرياض) ولم نعثر عليه فيما لدينا من كتب السنة.

وإن استويا فذهب المالكية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى اعتبار الكثرة، وحكي هذا عن الأوزاعي، لأن الكثرة مزية لإحدى العلامتين، فيعتبر بها كالسبق، فإن استويا فهو حينئذ مشكل، إلا أن بعض المالكية قال: ليس المراد بالكثرة أن يكون أكثر كيلا أو وزنا، فإذا بال مرتين من الفرج ومرة من الذكر دل على أنه أنثى، ولو كان الذي نزل من الذكر أكثر كيلا أو وزنا.

ويرى بقية الفقهاء أنه لا عبرة بالكثرة، لأن الكثرة ليست بدليل على القوة، لأن ذلك لا تساع المخرج وضيقه، لا لأنه هو العضو الأصلي، ولأن نفس الخروج دليل بنفسه، فالكثير من جنسه لا يقع به الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والأربعة، وقد استقبح أبو حنيفة ذلك فقال: وهل رأيت قاضيا يكيل البول بالأواقي؟

٦ ـ وأما بعد البلوغ فيتبين أمره بأحد الأسباب الآتية:

إن خرجت لحيته، أو أمنى بالذكر، أو أحبل امرأة، أو وصل إليها، فرجل، وكذلك ظهور الشجاعة والفروسية، ومصابرة العدو دليل على رجوليته كما ذكره السيوطي نقلا عن الأسنوي.

وإن ظهر له ثدي ونزل منه لبن أو حاض، أو أمكن وطؤه، فامرأة، وأما الولادة فهي تفيد القطع بأنوثته، وتقدم على جميع العلامات المعارضة لها.

وأما الميل، فإنه يستدل به عند العجز عن الإمارات السابقة، فإن مال إلى الرجال فامرأة، وإن مال إلى النساء فرجل، وإن قال أميل إليهما ميلا واحدا، أو لا أميل إلى واحد منهما فمشكل. (١)

قال السيوطي: وحيث أطلق الخنثى في الفقه، فالمراد به المشكل. (٢)

أحكام الخنثى المشكل:

٧ ـ الضابط العام في بيان أحكام الخنثى المشكل أنه يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق في أمور الدين ولا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته.

وفيما يلي تفصيل بعض الأحكام المتعلقة بالخنثى.

عورته:

٨ ـ يرى الحنفية والشافعية أن عورة الخنثى كعورة المرأة حتى شعرها النازل عن الرأس خلا الوجه والكفين، ولا يكشف الخنثى للاستنجاء

(١) ابن عابدين ٥/ ٤٦٤، ٤٦٥، وفتح القدير ٨/ ٥٠٤، ٥٠٥ ط دار صادر والشرح الصغير، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤١، ٢٤٢، وروضة الطالبين ١/ ٧٨، والمغني ٦/ ٢٥٣، ٢٥٤

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي / ٢٤٨ ط دار الكتب العلمية.

ولا للغسل عند أحد أصلا، لأنها إن كشفت عند رجل احتمل أنها أنثى، وإن كشفت عند أنثى، احتمل أنه ذكر. وأما ظهر الكف فقد صرح الحنفية أنها عورة على المذهب، والقدمين على المعتمد، وصوتها على الراجح، وذراعيها على المرجوح.[١]

وصرح المالكية بأنه يستتر ستر النساء في الصلاة والحج بالأحوط، فيلبس ما تلبس المرأة.[٢]

وأما الحنابلة فالخنثى عندهم كالرجل في ذلك، لأن ستر ما زاد على عورة الرجل محتمل، فلا يوجب عليه أمر محتمل ومتردد.[٣]

نقض وضوئه بلمس فرجه :

٩ - ذهب الحنفية والمالكية في رواية إلى عدم نقض الوضوء بلمس الفرج مطلقا[٤]

ويرى المالكية في المذهب أن الوضوء ينقض بلمس الخنثى فرجه.[٥]

وعند الشافعية ينتقض الوضوء بمس فرجيه جميعا.[٦]

وأما الحنابلة فقد فصلوا الكلام فيه وقالوا :

إن الخنثى لو لمس أحد فرجيه لم ينتقض وضوؤه، لأنه يحتمل أن يكون الملموس خلقة زائدة، وإن لمسها جميعا فعلى قول عدم نقض وضوء المرأة بمس فرجها لا ينتقض وضوؤه لجواز أن يكون امرأة مست فرجها، أوخلقة زائدة، وينقض على قول نقض وضوء المرأة بمس فرجها، لأنه لابد أن يكون أحدهما فرجا. وفي الموضوع تفصيل يرجع فيه إلى مصطلح : (حدث) و(وضوء).[١]

وجوب الغسل على الخنثى :

١٠ - ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة - خلافا للمالكية - إلى أنه لا يجب الغسل على الخنثى بإيلاج بلا إنزال لعدم تغييب الحشفة الأصلية بيقين.[٢]

أذانه :

١١ - لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يصح أذان الخنثى وأنه لا يعتد به، لأنه لا يعلم كونه رجلا. ولأنه إن كان أنثى خرج الأذان عن كونه قربة، ولم يصح.[٣]

---

(١) ابن عابدين ١/ ١٠٥، ٢٠٧، والأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٤ ط دار الفكر بدمشق، وروضة الطالبين ١/ ٢٨٣، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٠

(٢) الحطاب ٦/ ٤٣٣

(٣) المغني ١/ ٦٠٥

(٤) الاختيار ١/ ١٠، ومواهب الجليل ١/ ٢٩٩، ٦/ ٤٣٣

(٥) مواهب الجليل ١/ ٢٩٩ و٦/ ٤٣٣

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي / ٢٤٣

---

(١) المغني ١/ ١٨٢، ١٨٣.

(٢) ابن عابدين ١/ ١٠٩، وحاشية الزرقاني ١/ ٩٦، ٩٧، وروضة الطالبين ١/ ٨٢، ٨٣، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٣، والمغني ١/ ٢٠٥

(٣) ابن عابدين ١/ ٢٦٣، ٢٦٤، وحاشية الدسوقي =

وقوفه في الصف في صلاة الجماعة :

١٢ - لا خلاف بين الفقهاء في أنه إذا اجتمع رجال، وصبيان، وخناثى، ونساء، في صلاة الجماعة، تقدم الرجال، ثم الصبيان، ثم الخناثى، ثم النساء، ولو كان مع الإمام خنثى وحده، فصرح الحنابلة بأن الإمام يقفه عن يمينه، لأنه إن كان رجلا، فقد وقف في موقفه، وإن كان امرأة لم تبطل صلاتها بوقوفها مع الإمام، كما لا تبطل بوقوفها مع الرجال.

والمشهور عند الحنفية أن محاذاته للرجل مفسدة للصلاة.[1]

إمامته :

١٣ - لا خلاف بين الفقهاء في أن الخنثى لا تصح إمامته لرجل ولا لمثله، لاحتمال أنوثته، وذكورة المقتدي، وأما النساء فتصح إمامة الخنثى لهن مع الكراهة أو بدونها عند الحنفية والشافعية، والحنابلة، لأن غايته أن يكون امرأة، وإمامتها بالنساء صحيحة.

واختلفوا في كيفيتها: فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة ما عدا ابن عقيل إلى أن الخنثى إذا أم النساء قام أمامهن لا وسطهن، لاحتمال كونه رجلا، فيؤدي وقوفه وسطهن إلى محاذاة الرجل للمرأة.

ثم يرى الحنفية أن الخنثى لو صلى وسطهن فسدت صلاته بمحاذاتهن على تقدير ذكورته، وتفسد صلاتهن على هذا الأساس، والشافعية على أن التقدم عليهن مستحب، ومخالفته لا تبطل الصلاة.

وقال ابن عقيل: يقوم وسطهن ولا يتقدمهن.

وصرح الحنابلة بأنه لا فرق في ذلك بين الفرض والتراويح وغيرها.

وفي رواية عن أحمد تصح في التراويح إذا كان الخنثى قارئا والرجال أميون ويقفون خلفه.

وأما المالكية فلا يتأتى ذلك عندهم، لأن الذكورة شرط عندهم في صحة الإمامة، فلا تجوز إمامة الخنثى ولو لمثله في نفل، ولم يوجد رجل يؤتم به.

ولأبي حفص البرمكي من الحنابلة أن الخنثى لا تصح صلاته في جماعة، لأنه إن قام مع الرجال احتمل أن يكون امرأة، وإن قام مع النساء أو وحده، أو ائتم بامرأة احتمل أن يكون رجلا، وإن أم الرجال احتمل أن يكون امرأة، وإن أمّ النساء فقام وسطهن احتمل أنه رجل، وإن قام بين أيديهن احتمل أنه امرأة، ويحتمل

= ١/ ١٩٥، والزرقاني ١/ ١٦٠، والقليوبي ١/ ١٢٩، وروضة الطالبين ١/ ٢٠٢، وكشاف القناع ١/ ٤٥، والمغني ١/ ٤١٣، ونيل المآرب ١/ ١١٤

(١) ابن عابدين ١/ ٣٨٤، ٣٨٥، ومواهب الجليل ٦/ ٤٣٣، والأشباه والنظائر للسيوطي ص٢٤٥، وكشاف القناع ١/ ٤٨٨، و٤٨٩، والمغني ١/ ٢١٨، ٢١٩، و٢/ ١٩٩

أن تصح صلاته في هذه الصورة، وفي صورة أخرى، وهو أن يقوم في صف الرجال مأموما، فإن المرأة إذا قامت في صف الرجال لم تبطل صلاتها ولا صلاة من يليها عند الحنابلة. (١)

حجه وإحرامه :

١٤ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخنثى كالأنثى في شروط وجوب الحج، وفي لبس المخيط، والقرب من البيت، والرمل في الطواف، والاضطباع، والرمل بين الميلين في السعي، والوقوف، والتقديم من مزدلفة، ولا يحج إلا مع ذي محرم لا مع جماعة رجال فقط، ولا مع نساء فقط، إلا أن يكونوا من محارمه.

ويرى الحنابلة أن الخنثى إذا أحرم لم يلزمه اجتناب المخيط، فلا فدية عليه إن غطى رأسه، لاحتمال كونه امرأة، وكذلك لو غطى وجهه من غير لبس للمخيط، لاحتمال كونه رجلا، فإن غطى وجهه ورأسه معا فدى، لأنه إن كان أنثى فقد غطى وجهه، وإن كان رجلا فقد غطى رأسه، وكذلك لو غطى وجهه ولبس المخيط، لأنه إن كان أنثى فلتغطية وجهه، وإن كان ذكرا فللبسه المخيط.

وقال أبو يوسف من الحنفية: لا علم لي في لباسه، لأنه إن كان ذكرا يكره له لبس المخيط، وإن كان أنثى يكره له تركه. (١)

وينظر: «حج».

النظر والخلوة :

١٥ ـ صرح جمهور الفقهاء بأن الخنثى لا يخلو به غير محرم من رجل ولا امرأة، ولا يسافر بغير محرم من الرجال احتياطا، وتوقيا عن احتمال الحرام، وكذلك لا يتكشف الخنثى المراهق للنساء، لاحتمال كونه رجلا، ولا للرجال لاحتمال كونه امرأة، والمراد بالانكشاف هو أن يكون في إزار واحد، لا إبداء موضع العورة، لأن ذلك لا يحل لغير الأنثى أيضا.

وقال القفال من الشافعية: بالجواز استصحابا لحكم الصغر، وبه قطع بعض الشافعية. (٢)

---

(١) ابن عابدين ١/ ٣٨٠، والقوانين الفقهية / ٦٨، والتاج والإكليل على هامش مواهب الجليل ٢/ ٩٢، والدسوقي ١/ ٣٢٦، وجواهر الإكليل ١/ ٧٨ ط مكة، والقليوبي ١/ ٢٣١، وروضة الطالبين ١/ ٣٥١، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٣، والمغني ١/ ٤٧٩، ٢/ ١٩٩، ٢٠٠، كشاف القناع ١/ ٤٧٩

(١) فتح القدير ٨/ ٥٠٦ ط دار صادر، والأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٤ ط دار الفكر بدمشق، والحطاب ٦/ ٤٣٣، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٣، وأسنى المطالب ١/ ٥٠٧، وحاشية الجمل ٢/ ٥٠٦، وكشاف القناع ٢/ ٤٢١، ٤٢٨، والمغني ٣/ ٣٣١

(٢) الاختيار ٣/ ٣٩، وفتح القدير ٨/ ٥٠٧، ٥٠٨، والأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٣، وابن عابدين ٥/ ٤٦٥، وأسنى المطالب ٣/ ١١٤، ٤/ ١٦٩، =

نكاحه :

١٦ - ذهب الحنفية إلى أن الخنثى إن زوجه أبوه رجلا فوصل إليه جاز، وكذلك إن زوجه امرأة فوصل إليها، وإلا أجل كالعنين. (١)

ويرى المالكية، وهو المذهب لدى الشافعية أنه يمتنع النكاح في حقه من الجهتين، أي لا ينكح ولا ينكح، وفي رواية ابن المنذر عن الشافعي ينكح بأيهما شاء، ثم لا ينقل عما اختاره، قال العقباني: ولعله يريد: إذا اختار واحدا، وفعله، أما مجرد الاختيار دون فعل فلا ينبغي أن يمنعه من اختيار الطرف الآخر. (٢)

واختلف الحنابلة في نكاحه: فذكر الخرقي: أنه يرجع إلى قوله، فإن ذكر أنه رجل، وأنه يميل طبعه إلى نكاح النساء، فله نكاحهن، وإن ذكر أنه امرأة يميل طبعها إلى الرجال زوج رجلا، لأنه معنى لا يتوصل إليه إلا من جهته، وليس فيه إيجاب حق على غيره، فيقبل قوله فيه، كما يقبل قول المرأة في حيضتها وعدتها، وقد يعرف نفسه بميل طبعه إلى أحد الصنفين وشهوته له.

وقال أبوبكر: لا يجوز أن يتزوج حتى يبين أمره. وأورده نصا عن أحمد، وذلك لأنه لم يتحقق وجود ما يبيح له النكاح، فلم يبح له كما لو اشتبهت عليه أخته بنسوة، ولأنه قد اشتبه المباح بالمحظور في حقه فحرم. (١)

وتفصيل ذلك في «نكاح».

رضاعه :

١٧ - يرى الحنفية وجمهور الحنابلة أنه إن ثاب (اجتمع) لخنثى لبن لم يثبت به التحريم، لأنه لم يثبت كونه امرأة، فلا يثبت التحريم مع الشك. (٢)

وأما عند المالكية فلم يرد نص في لبن الخنثى، ولكن الظاهر كما قال بعض فقهائهم: إنه ينشر الحرمة قياسا على من تيقن الطهارة وشك في الحدث، فتيقن حصول لبنه بجوف رضيع كتيقن الطهارة، والشك في كونه ذكرا أو أنثى كالشك في الحدث. (٣)

وذهب الشافعية وابن حامد من الحنابلة إلى أنه يوقف الأمر حتى ينكشف أمر الخنثى، فإن بان أنثى حرم، وإلا فلا، ولكن يحرم عليه نكاح من ارتضع بلبنه. (٤)

= وروضة الطالبين ٧/ ٢٩، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٤ ط دار الهلال، وكشاف القناع ٥/ ١٥

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٢، ٣٨٣ ط دار الفكر.

(٢) مواهب الجليل ٦/ ٤٣٢ ط دار الفكر، والقليوبي ٣/ ٢٤٤، ونهاية المحتاج ٦/ ٣١١، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٥

(١) المغني ٦/ ٦٧٧ و٦٧٨، وكشاف القناع ٥/ ٩٠

(٢) ابن عابدين ٢/ ٤١٠، وكشاف القناع ٥/ ٤٤٥، والمغني ٧/ ٥٤٥

(٣) حاشية الزرقاني ٤/ ٢٣٩

(٤) حاشية الجمل ٤/ ٤٧٥، وروضة الطالبين ٩/ ٣، والمغني ٧/ ٥٤٥.

إقرار الخنثى :

١٨ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إن أقر على نفسه بما يقلل ميراثه أو ديته قبل منه، وإن ادعى ما يزيد ذلك لم يقبل لأنه متهم فيه فلا يقبل قوله على غيره، وما كان من عباداته وغير ذلك فينبغي أن يقبل قوله فيه، لأنه حكم بينه وبين الله تعالى، ولا يقبل قوله في سقوط المهر عنه.[1]

شهادة الخنثى وقضاؤه :

١٩ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الخنثى كالأنثى في الشهادة، فتقبل شهادته مع رجل وامرأة في غير حد وقود، ويعد في شهادته امرأة. قال ابن حبيب من المالكية : ويحكم فيه بالأحوط، وسلوك الأحوط في شهادته أن لا تقبل إلا في الأموال ويعد في شهادته امرأة.[2]

وأما قضاؤه، فيرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يصح تولية الخنثى، ولا ينفذ، لأنه لا يعلم كونه ذكرا.[3]

(١) فتح القدير ٨/ ٥٠٨ ط دار صادر، والأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٢٢ ط مكتبة الهلال، والمغني ٦/ ٧٧، ٦٧٨ و٤/ ٤٦١، ٤٦٢.

(٢) ابن عابدين ٤/ ٣٧٧، ٣٥٦، والحطاب ٦/ ٤٣٢، وروضة الطالبين ١١/ ٢٥٥، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٣

(٣) الشرح الصغير ٤/ ١٨٧، وروضة الطالبين ١١/ ٩٥، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٣، والكافي ٣/ ٤٣٣ ط المكتب الإسلامي بدمشق.

ويرى الحنفية أن الخنثى كالأنثى يصح قضاؤه في غير حد وقود بالأولى، وينبغي أن لا يصح في الحدود والقصاص لشبهة الأنوثة.[1]

الاقتصاص للخنثى، والاقتصاص منه :

٢٠ ـ لا خلاف بين الفقهاء في أنه يقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى، ويقتل بهما، لأنه لا يخلو من أن يكون ذكرا أو أنثى. واختلفوا في القصاص فيما دون النفس.

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى وجوب القصاص في الأطراف سواء قطعها رجل أو امرأة.

وذهب الحنفية إلى أنه لا قصاص على قاطع يد الخنثى ولو عمدا، ولو كان القاطع امرأة، ولا تقطع يده إذا قطع يد غيره عمدا لاحتمال عدم التكافؤ.[2]

وتفصيل ذلك في القصاص.

دية الخنثى :

٢١ ـ إن كان المقتول خنثى فذهب الحنفية

(١) ابن عابدين ٤/ ٣٥٦

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم / ٣٨٣ ط دار الفكر، وابن عابدين ٥/ ٣٦٨، ٣٦٩، ومواهب الجليل ٦/ ٤٣٣، وروضة الطالبين ٩/ ١٥٦، ١٥٩، والمغني ٧/ ٦٧٩، ٦٨٠، ٧١٥

والمالكية والحنابلة إلى أن فيه نصف دية ذكر ونصف دية أنثى، لأنه يحتمل الذكورة والأنوثة احتمالا واحدا، وقد يئس من احتمال انكشاف حاله، فيجب التوسط بينهما، والعمل بكلا الاحتمالين.[١]

ويرى الشافعية أن الواجب دية أنثى، لأنه اليقين، فلا يجب الزائد بالشك.[٢]

وأما دية جراحه وأطرافه، فذهب الحنفية والشافعية إلى أنها نصف ذلك من الرجل.

والمتبادر من كلام المالكية وهو المذهب لدى الحنابلة، وقول للشافعية: إنه يساوي الرجل في الأطراف إلى ثلث الدية، فإذا زاد على الثلث صارت على النصف عند المالكية والشافعية، وعلى ثلاثة أرباع دية الذكر عند الحنابلة، وتفصيل ذلك في الديات.[٣]

وجوب العقل (الدية) على الخنثى:

٢٢ - صرح الشافعية والحنابلة وهو مقتضى قواعد الحنفية والمالكية، بأنه لا تدخل الخنثى في العاقلة، لاحتمال أن يكون امرأة، ثم إن بان

(١) مواهب الجليل ٦/ ٤٣٣، والمغني ٨/ ٦٢، ٦٣

(٢) روضة الطالبين ٩/ ١٥٩، ٢٥٧، والأشباه والنظائر للسيوطي / ٢٤٣، والمغني ٨/ ٦٢

(٣) ابن عابدين ٥/ ٣٦٨، ٣٦٩، والقوانين الفقهية/ ٣٤٥، وروضة الطالبين ٩/ ٢٥٧، والمغني ٨/ ٥٢، ٦٣

ذكرا، فالأصح عند الشافعية أن يغرم حصته التي أداها غيره.[١]

دخوله في القسامة:

٢٣ - يرى الحنفية وهو قول للحنابلة: أن الخنثى لا يدخل في القسامة، لأنه لا يدخل في العاقلة، ولا يثبت القتل بشهادته أشبه المرأة. والمتبادر من كلام المالكية في القتل الخطأ وهو قول آخر للحنابلة: أن الخنثى يقسم، لأن سبب القسامة وجد في حقه، وهو كونه مستحقا للدم، ولم يتحقق المانع من يمينه.

ويرى الشافعية أنه يحلف الخنثى الأكثر، ويأخذ الأقل للشك، ويوقف الباقي على المدعى عليه إلى البيان أو الصلح، ولا تعاد القسمة بعد البيان فيعطى الباقي لمن تبين أنه له بلا يمين.[٢]

حد قاذفه:

٢٤ - يرى المالكية والشافعية وهو المتبادر من كلام الحنابلة أن من قذف الخنثى بفعل يحد به

(١) الاختيار ٥/ ٦١، وابن عابدين ٥/ ٤١٠، ٤١٣، والتاج والإكليل على هامش مواهب الجليل ٦/ ٢٦٧، وجواهر الإكليل ٢/ ٢٧١، وروضة الطالبين ٩/ ٣٥٥، والقليوبي ٤/ ١٥٧، وحاشية الجمل ٥/ ٦٢، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٣، وكشاف القناع ٦/ ٦٠

(٢) الاختيار ٣/ ٤٠، والحطاب ٦/ ٢٧٣، والقليوبي ٤/ ١٦٦، والمغني ٨/ ٨١

الخنثى يجب فيه حد القذف، فإذا رماه شخص بالزنى بفرجه الذكر، أوفي فرجه الذي للنساء فلا حد عليه، لأنه إذا زنى بأحدهما لا حد عليه. (١)

وذهب الحنفية إلى أنه لا يحد قاذف الخنثى، لأنه إن كان رجلا فهو كالمجبوب، وإن كان امرأة فهي كالرتقاء، ولا يحد قاذفهما، لأن الحد لنفي التهمة، وهي منتفية عنهما، ولكن في ذلك التعزير. (٢)

ختانه :

٢٥ ـ اختلف الفقهاء في جواز ختان الخنثى على أقوال: فذهب الحنفية إلى أن الخنثى الصغير الذي لا يشتهى يجوز أن يختنه الرجل أو المرأة. (٣)

وأما المالكية فقال بعض فقهائهم: لا يوجد نص في ذلك، ويرى ابن ناجي كما نقله الحطاب: أن الخنثى لا يختتن تطبيقا لقاعدة: تغليب الحظر على الإباحة. ومسائله تدل على ذلك. (٤)

ويرى الشافعية أن الخنثى لا يختن في صغره، فإذا بلغ فوجهان:

أحدهما: وهو المشهور يجب ختان فرجيه.

والثاني: وهو الأصح: أنه لا يجوز لأن الجرح لا يجوز بالشك، فعلى الأول، إن أحسن الختان، ختن نفسه، فإن لم يمكن تولاه الرجال والنساء للضرورة. (١)

وقال الحنابلة: يختن فرجي الخنثى احتياطا. (٢)

لبسه الفضة والحرير :

٢٦ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يحرم على الخنثى في الجملة لبس الحرير والذهب والفضة، وذهب الحنفية إلى أن الخنثى يكره له لبس الحرير والحلي، لأنه حرام على الرجال دون النساء وحاله لم يتبين بعد، فيؤخذ بالاحتياط، فإن اجتناب الحرام فرض، والإقدام على المباح مباح، فيكره حذرا عن الوقوع في الحرام. (٣)

---

(١) الشرح الصغير ٤/ ٤٦٣، والحطاب ٦/ ٤٣٣، والكافي ٣/ ٢١٦، وروضة الطالبين ٨/ ٣١١، ٣١٧

(٢) البدائع ٧/ ٣٢٩، والأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٣ ط دار الفكر.

(٣) الاختيار ٣/ ٣٩، والبدائع ٧/ ٣٢٨، وفتح القدير ٨/ ٥٠٦ و٥٠٧ ط دار صادر.

(٤) الحطاب ٣/ ٢٥٩

---

(١) شرح المنهج على حاشية الجمل ٥/ ١٧٤، وأسنى المطالب ٤/ ١٦٤، ١٦٥، وروضة الطالبين ١٠/ ١٨١، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٤

(٢) كشاف القناع ١/ ٨٠

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٢ ط دار الفكر، والاختيار ٣/ ٣٩، والعناية على هامش فتح القدير ٨/ ٥٠٧، والبدائع ٧/ ٣٢٩، وابن عابدين ٥/ ٤٦٥، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٢، وروضة الطالبين ٢/ ٦٦، ٦٧، وكشاف القناع ١/ ٢٨١ و٢/ ٢٣٨

غسله وتكفينه ودفنه :

٢٧ - إذا مات الخنثى فاختلف الفقهاء في غسله على أقوال:

فذهب الحنفية إلى أن الخنثى إن مات لم يغسله رجل ولا امرأة، لأن غسل الرجل المرأة، وعكسه غير ثابت في الشرع، فإن النظر الى العورة حرام، والحرمة لم تزل بالموت فييمم بالصعيد، لتعذر الغسل، وييممه بخرقة إن كان أجنبيا، ويصرف وجهه عن ذراعيه لجواز كونه امرأة، وبغير خرقة إن يممه ذو رحم محرم منه. (١)

وفصل الشافعية القول فيه: فقالوا: إذا مات الخنثى وليس هناك محرم له من الرجال أو النساء، فإن كان صغيرا لم يبلغ حدا يشتهى مثله جاز للرجال والنساء غسله، وإن كان كبيرا فوجهان:

أحدهما: ييمم ويدفن. والثاني: يغسل، وفيمن يغسله أوجه: أصحها وبه قال أبو زيد: يجوز للرجال والنساء جميعا غسله للضرورة واستصحابا بحكم الصغر، والثاني: أنه في حق الرجال كالمرأة، وفي حق النساء كالرجل أخذا بالأحوط. (٢)

وقال الحنابلة: إن الخنثى إذا كان له سبع سنين فأكثر ييمم بحائل من خرقة ونحوها، والرجل أولى بتيميم الخنثى من المرأة. (١)

٢٨ - ويكفن الخنثى كما تكفن الجارية في خمسة أثواب بيض، لأنه إن كان أنثى فقد أقيمت السنة، وإن كان ذكرا فقد زادوا على الثلاث، ولا بأس بذلك. فإن للرجل أن يلبس في حياته أزيد على الثلاثة. وأما إذا كان أنثى كان في الاقتصار على الثلاثة ترك السنة.

وإذا صلي عليه، وعلى رجل، وعلى امرأة، وضع الخنثى بين الرجل والمرأة اعتبارا بحال الحياة، لأنه يقوم بين صف الرجال والنساء في الصلاة.

ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل، لاحتمال أنه امرأة، ويجعل بينهما حاجز من صعيد فيصير ذلك في حكم قبرين، وإن كان مع امرأة قدم الخنثى، لاحتمال أنه رجل.

وتستحب تسجية قبره عند دفنه، لأنه إن كان أنثى أقيم الواجب، وإن كان ذكرا فالتسجية لا تضره. (٢)

---

(١) فتح القدير ٨/ ٥٠٦، ٥٠٩ ط دار صادر، والبدائع ٧/ ٣٢٨، وابن عابدين ٥/ ٤٦٦

(٢) أسنى المطالب ١/ ٣٠٣، وروضة الطالبين ٢/ ١٠٥، ونهاية المحتاج ٢/ ٤٥١، والأشباه والنظائر للسيوطي/ ٢٤٥

(١) كشاف القناع ١/ ٩١

(٢) فتح القدير ٨/ ٥٠٨، ٥٠٩، والأشباه والنظائر لابن نجيم/ ٣٨٢ ط دار الفكر، وابن عابدين ٥/ ٤٦٦، والبدائع ٧/ ٣٢٨، وكشاف القناع ٢/ ١٠٦، ١٠٨

إرثه :

٢٩ ـ ذهب المالكية في المشهور من المذهب، والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن الخنثى يرث نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى عملا بالشبهين، وهذا قول ابن عباس والشعبي، وابن أبي ليلى، وأهل المدينة، ومكة، والثوري وغيرهم.

وورثه أبو حنيفة أقل النصيبين احتياطا، ويعطيه الشافعية اليقين، ويوقف الباقي حتى يتبين الأمر أو يصطلحوا، ولو مات الخنثى قبل اتضاحه لم يبق إلا الصلح في القدر الموقوف (المحجوز)، وبه قال أبو ثور وداود وابن جرير.[1]

وفي كيفية إرثه خلاف وتفصيل يرجع فيه إلى مصطلح «إرث».

(١) الاختيار ٥/ ١١٥، وفتح القدير ٨/ ٥٠٩، وابن عابدين ٥/ ٤٦٦، ومواهب الجليل ٦/ ٤٢٦، ٤٢٧، ونهاية المحتاج ٦/ ٣١، ٣٢ ط مصطفى البابي الحلبي، والقليوبي ٣/ ١٥٠، والمغني ٦/ ٢٥٤، ونيل المآرب ٢/ ٩٣.

خنزير

التعريف :

١ ـ الخنزير حيوان خبيث. قال الدميري : الخنزير يشترك بين البهيمية والسبعية، فالذي فيه من السبع الناب وأكل الجيف، والذي فيه من البهيمية الظلف وأكل العشب والعلف.

أحكام الخنزير :

٢ ـ تدور أحكام الخنزير على اعتبارات :

الأول: تحريم لحمه وسائر أجزائه.

الثاني: اعتبار نجاسة عينه.

والثالث: اعتبار ماليته.

وترتب على كل من هذه الاعتبارات أو على جميعها جملة من الأحكام الشرعية.

٣ ـ أما الاعتبار الأول فقد أجمعت الأمة على حرمة أكل لحم الخنزير إلا لضرورة. لقوله سبحانه وتعالى : ﴿قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل

لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن ربك غفور رحيم﴾. (١)

ونص الحنابلة على تقديم أكل الكلب على الخنزير عند الضرورة، وذلك لقول بعض الفقهاء بعدم تحريم أكل الكلب.

كما يقدم شحم الخنزير وكليته وكبده على لحمه، لأن اللحم يحرم تناوله بنص القرآن، فلا خلاف فيه. ونص المالكية على وجوب تقديم ميتة غير الخنزير على الخنزير عند اجتماعهما، لأن الخنزير حرام لذاته، وحرمة الميتة عارضة. (٢)

٤ - وأما الاعتبار الثاني: وهو اعتبار نجاسة عينه:

فقد اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على نجاسة عين الخنزير، وكذلك نجاسة جميع أجزائه وما ينفصل عنه كعرقه ولعابه ومنيّه (٣) وذلك لقوله تعالى: ﴿قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن

---

(١) سورة الأنعام/ ١٤٥

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ١٩٦، حاشية الدسوقي ٢/ ١١٦، ١١٧، مطالب أولي النهى ٦/ ٣٢١، المجموع ٩/ ٢ و٣٩

(٣) فتح القدير ١/ ٨٢، بدائع الصنائع ١/ ٦٣، شرح العناية على الهداية ١/ ٨٢ بهامش فتح القدير، ونهاية المحتاج ١/ ١٩، وكشاف القناع ١/ ١٨١

ربك غفور رحيم﴾. (١) والضمير في قوله تعالى: «أو لحم خنزير فإنه رجس» راجع إلى الخنزير فيدل على تحريم عين الخنزير وجميع أجزائه.

وذلك لأن الضمير إذا صلح أن يعود إلى المضاف وهو «اللحم» والمضاف إليه وهو «الخنزير» جاز أن يعود إليهما.

وعوده إلى المضاف إليه أولى في هذا المقام لأنه مقام تحريم، لأنه لو عاد إلى المضاف وهو اللحم لم يحرم غيره، وإن عاد إلى المضاف إليه حرم اللحم وجميع أجزاء الخنزير.

فغير اللحم دائر بين أن يحرم وأن لا يحرم فيحرم احتياطا وذلك بإرجاع الضمير إليه طالما أنه صالح لذلك، ويقوي إرجاع الضمير إلى «الخنزير» أن تحريم لحمه داخل في عموم تحريم الميتة، وذلك لأن الخنزير ليس محلا للتذكية فينجس لحمه بالموت.

وذهب المالكية إلى طهارة عين الخنزير حال الحياة، وذلك لأن الأصل في كل حي الطهارة، والنجاسة عارضة، فطهارة عينه بسبب الحياة، وكذلك طهارة عرقه ولعابه ودمعه ومخاطه. (٢)

ومما يترتب على الحكم بنجاسة عين الخنزير:

---

(١) سورة الأنعام/ ١٤٥

(٢) الشرح الصغير ١/ ٤٣

أولا : دباغ جلد الخنزير :

٥ ـ اتفق الفقهاء على أنه لا يطهر جلد الخنزير بالدباغ ولا يجوز الانتفاع به لأنه نجس العين، والدباغ كالحياة، فكما أن الحياة لا تدفع النجاسة عنه، فكذا الدباغ. ووجه المالكية قولهم بعدم طهارة جلد الخنزير بالدباغ بأنه ليس محلا للتذكية إجماعا فلا تعمل فيه فكان ميتة فلا يطهر بالدباغ ولا يجوز الانتفاع به.

ويتفق المذهب عند الحنابلة والمالكية في أن جلد الميتة من أي حيوان لا يطهر بالدباغ، ولكنهم يجوزون الانتفاع به بعد الدباغ في غير المائعات عند الحنابلة، وفي المائعات كذلك مع اليابسات عند المالكية إلا الخنزير فلا تتناوله الرخصة. (١)

وروي عن أبي يوسف أن جلد الخنزير يطهر بالدباغ.

ويقابل الرواية المشهورة عند المالكية ما شهره عبد المنعم بن الغرس من أن جلد الخنزير كجلد غيره في جواز استعماله في اليابسات والماء إذا دبغ سواء ذكي أم لا.

ثانيا : سؤر الخنزير :

٦ ـ ذهب الشافعية والحنفية والحنابلة إلى نجاسة سؤر الخنزير لكونه نجس العين، وكذا لعابه لأنه متولد عنه.

ويكون تطهير الإناء إذا ولغ فيه بأن يغسل سبعا إحداهن بالتراب ـ عند الشافعية والحنابلة ـ لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ : إذا شرب الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات» وفي رواية : «فليرقه ثم ليغسله سبع مرات» وفي أخرى : «طهور إناء أحدكم إذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبع مرات أولاهن بالتراب». (١)

قالوا : فإذا ثبت هذا في الكلب فالخنزير أولى لأنه أسوأ حالا من الكلب وتحريمه أشد، لأن الخنزير لا يقتنى بحال، ولأنه مندوب إلى قتله من غير ضرر، ولأنه منصوص على تحريمه في قوله تعالى : ﴿أو لحم خنزير فإنه رجس﴾ (٢) فثبت وجوب غسل ما ولغ فيه بطريق التنبيه.

وعند الحنفية : يكون تطهير الإناء إذا ولغ فيه خنزير بأن يغسل ثلاثا. (٣)

وذهب المالكية إلى عدم نجاسة سؤر الخنزير وذلك لطهارة لعابه عندهم، وقد ثبت غسل

---

(١) حاشية ابن عابدين ١/ ١٣٦، ١٣٧، فتح القدير ١/ ٨١، بدائع الصنائع ١/ ٧٤، حاشية الدسوقي ١/ ٥٤، ٥٥، مواهب الجليل ١/ ١٠١، المجموع ١/ ٢١٧، كشاف القناع ١/ ٥٤، ٥٥، المغني ١/ ٦٦

(١) حديث : «إذا شرب الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبع مرات». أخرجه مسلم (١/ ٢٣٤ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

(٢) سورة الأنعام/ ١٤٥

(٣) فتح القدير ١/ ٧٥، ٧٦، البحر الرائق ١/ ١٣٤، مراقي الفلاح ص٥، والمجموع ١/ ١٧٣، نهاية المحتاج ١/ ٢٣٦، وكشاف القناع ١/ ١٨٢

الإنـاء إذا ولـغ فيـه الكلب تعبدا فلا يدخل فيه الخنزير، وفي قول آخر للمالكية: يندب الغسل.[١]

ثالثا: حكم شعره:

٧ ـ ذهب الجمهـور إلى نجاسة شعر الخنزير فلا يجوز استعماله لأنه استعمال للعين النجسة.

وعنـد الشـافعية لو خرز خف بشعر الخنزير لم يطهـر محل الخـرز بالغسل أو بالتراب لكنه معفو عنـه، فيصلي فيـه الفـرائض والنـوافـل لعمـوم البلوى. وعنـد الحنـابلة يجب غسـل ما خرز به رطبا ويباح استعمال منخل من الشعر النجس في يابس لعـدم تعـدي نجاسته، ولا يجوز استعماله في الرطب لانتقال النجاسة بالرطوبة.

وأباح الحنفية استعمال شعره للخرازين للضرورة.

وذهب المـالكيـة إلى طهارة شعر الخنزير فإذا قص بمقص جاز استعـماله وإن وقع القص بعد الموت، لأن الشعر مما لا تحله الحياة، وما لا تحله الحيـاة لا ينجس بالموت، إلا أنه يستحب غسله للشـك في طهـارتـه ونجـاسته. أما إذا نتف فلا يكون طاهرا.[٢]

(١) الخرشي ١/ ١١٩، والشرح الصغير ١/ ٨٦

(٢) بدائـع الصنـائـع ١/ ٦٣، وحـاشيـة الـدسـوقي ١/ ٤٩، وأسنى المطالب ١/ ٢١، وكشاف القناع ١/ ٥٦

رابعا: حكم التداوي بأجزائه:

٨ ـ اتـفـق الفقهـاء على عدم جواز التـداوي بالنجس والمحرم (في الجملة) وهو شامل للخنزير.

وتقدم تفصيله في مصطلح «تداوي».[١]

خامسا: تحول عين الخنزير:

٩ ـ ذهب الحنفيـة والمـالكيـة وهو رواية عن أحمد إلى أن نجس العـين يطهـر باستحـالته إلى عين أخـرى، فإذا استحـالت عين الخنـزير إلى ملح فإنـه يطهـر. وذهب الشـافعيـة والحنابلة إلى أن نجس العـين لا يطهر بالاستحالة، واستثنوا من ذلك الخمر وجلد الميتة.

وقد تقدم تفصيله في مصطلح (تحول ف/٣ ـ ٥).

الاعتبار الثالث: اعتبار مالية الخنزير:

١٠ ـ اتفق الفقهاء على عدم اعتبار الخنزير مالا متقـومـا في حق المسلم. وذلـك لأن المـال هو ما يمكن الانتفـاع به شرعا في غير الضرورات، والخنـزيـر لا يمكن الانتفـاع به لنجـاسـة عينـه ولنهي الشارع عن بيعه كما يأتي.

ويظهر أثر عدم اعتبار الخنزير مالا في الآتي:

أولا: عدم صحة بيعه وشرائه:

أجمـع الفقهـاء على عدم صحـة بيع الخنزير

(١) الموسوعة ١١/ ١١٨

وشرائه، لحديث جابر بن عبدالله: «إن الله تعالى ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام، فقيل: يارسول الله، أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس، فقال: لا، هوحرام، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه»[1] ولأن من شرط المعقود عليه ـ سواء أكان ثمنا أم مثمنا ـ أن يكون طاهرا وأن ينتفع به شرعا».

والأصل في حل ما يباع أن يكون منتفعا به لأن بيع غير المنتفع به شرعا لا يتحقق به الرضا، فيكون من أكل المال بالباطل، وهو منهي عنه لقوله تعالى: «ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما».[2]

والخنزير إن كان فيه بعض المنافع إلا أنها محرمة شرعا، والمعدوم شرعا كالمعدوم حسا.

وفصل الحنفية في حكم بيع الخنزير فهو عندهم باطل إذا بيع بدراهم أودنانير، وفاسد إذا بيع بعين، على قولهم بالتفريق بين البطلان والفساد.

والفرق بين بيعه بدراهم أودنانير وبين بيعه بعين، أن الشرع أمر بإهانة الخنزير وترك إعزازه وفي شرائه بدراهم أودنانير إعزاز له، لأنها غير مقصودة في العقد لكونها وسيلة للتملك، وإنما المقصود الخنزير، ولذا كان بيعه بهما باطلا ويسقط التقوم.

أما إذا بيع بعين كالثياب، فقد وجدت حقيقة البيع لأنه مبادلة مال بمال، والخنزير يعتبر مالا في بعض الأحوال كما هوعند أهل الكتاب، إلا أنه في هذه الصورة يعتبر كل منهما ثمنا ومبيعا. ورجح اعتبار الثوب مبيعا تصحيحا لتصرف العقلاء الذي يقضي بأن يكون الإعزاز للثوب وهو المقصود بالعقد لا الخنزير. فتكون تسمية الخنزير في العقد معتبرة في تملك الثوب لا في نفس الخنزير، فيفسد العقد لفساد الثمن المسمى وتجب قيمة الثوب دون الخنزير.[1]

إقرار أهل الذمة على اقتناء الخنزير:

١١ ـ اتفق الفقهاء على أن أهل الذمة يقرون

---

(١) حديث: «إن الله تعالى ورسوله حرم بيع الخمر والميتة...» أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٤٢٤ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١٢٠٧ ـ ط الحلبي).

(٢) سورة النساء/ ٢٩

(١) حاشية ابن عابدين ٤/ ٣، البحر الرائق ٥/ ٢٧٠، ٢٧٧، ٢٧٩، فتح القدير ٥/ ١٨٦، ١٨٧، ١٨٨، والشرح الصغير ٣/ ٢٢، ٤/ ٧٤٢، مواهب الجليل ٤/ ٢٥٨، ٢٦٣، وروضة الطالبين ٣/ ٣٤٨، خاشية القليوبي وعميرة ٢/ ١٥٨، والمجموع ٩/ ٢٣٠، وكشاف القناع ٣/ ١٥٢

على ما عندهم من خنازير إلا أنهم يمنعون من إظهارها، ويمنعون من إطعامها مسلما، فإذا أظهروها أتلفت ولا ضمان.

وقيد الشافعية عدم تمكينهم من إظهارها بأن يكونوا بين أظهر المسلمين إذا انفردوا بمحلة من البلد، أما إذا انفردوا ببلد بأن لم يخالطهم مسلم لم يتعرض لهم.(١)

وذهب الشافعية إلى إجبار الزوجة الكتابية على ترك أكل الخنزير، لأنه منفر من كمال التمتع، وخالفهم في هذا المالكية فليس للزوج عندهم منعها منه.(٢)

سرقة الخنزير أو إتلافه:

١٢ - أ) اتفق الفقهاء على أنه لا قطع ولا ضمان على من سرق أو أتلف خنزيرا لمسلم لكونه غير محترم، ولا متقوم، لعدم جواز تملكه وبيعه واقتنائه.(٣)

ب) وذهب الحنفية والمالكية إلى أن من أتلف خنزيرا لذمي فإنه يضمنه ويلزمه رده إذا سرقه. وذلك لقوله ﷺ: «اتركوهم وما يدينون»(١) وهم يدينون بمالية الخنزير وهو من أنفس الأموال عندهم لأنه كالشاة عندنا. وقال ﷺ: «إذا قبلوها» يعني الجزية «أعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»(٢) وللمسلمين التضمين بإتلاف ما يعتقدونه مالا فكذا يكون الذمي، بخلاف المسلم لأنه ليس مالا في حقه أصلا.(٣)

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه إذا غصب مسلم لأهل الذمة خنزيرا رد إليهم لعموم قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(٤) فإذا أتلفه لم يضمنه لأنه غير متقوم كسائر

(١) فتح القدير ٥/ ٣٠٠، ونهاية المحتاج ٨/ ٩٣، الشرقاوي على التحرير ٢/ ٤١٣، ٤١٤، الجمل ٥/ ٢٢٦، ٣/ ٤٨١، الزرقاني على خليل ٣/ ١٤٦، التاج والإكليل للمواق ٤٥/ ٣٨٥، كشاف القناع ٣/ ١٢٧

(٢) الشرح الصغير ٢/ ٤٢٠، ونهاية المحتاج ٦/ ٢٨٧

(٣) حاشية ابن عابدين ٣/ ١٩٣، البحر الرائق ٥/ ٥٥، نهاية المحتاج ٧/ ٤٢١، حاشية الدسوقي ٤/ ٣٣٦، الشرح الصغير ٤/ ٤٧٤، كشاف القناع ٦/ ١٣١

(١) حديث: «اتركوهم وما يدينون». أورده صاحب فتح القدير (٨/ ٢٨٥ - نشر دار إحياء التراث العربي) ولم يعزه إلى أحد، ولم نهتد إليه في المصادر الحديثية الموجودة بين أيدينا.

(٢) حديث: «إذا قبلوها - يعني الجزية - فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين».
أورده الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٥٥ - ط المجلس العلمي) وقال: لم أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف» وقال ابن حجر في الدراية (٢/ ١٦٢ط الفجالة) «لم أجده هكذا».

(٣) الاختيار ٣/ ٦٥، فتح القدير ٨/ ٢٨٥، ٢٨٦، والشرح الصغير ٤/ ٤٧٤

(٤) حديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه...» أخرجه أبو داود (٣/ ٨٢٢ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث الحسن عن سمرة، وقال ابن حجر في التلخيص (٣/ ٥٣ - ط شركة الطباعة الفنية): (الحسن مختلف في سماعه من سمرة).

النجاسات فليس له عوض شرعي ، سواء أظهروه أو لم يظهروه. إلا أنه يأثم إذا أتلفه في حال عدم إظهارهم له. (١)

١٣ ـ الخنزير البحري : سئل مالك عنه فقال أنتم تسمونه خنزيرا يعني أن العرب لا تسميه بذلك لأنها لا تعرف في البحر خنزيرا والمشهور أنه الدلفين. قال الربيع سئل الشافعي رضي الله تعالى عنه عن خنزير الماء فقال يؤكل وروى أنه لما دخل العراق قال فيه حرمه أبو حنيفة وأحله ابن أبي ليلى وروى هذا القول عن عمر وعثمان وابن عباس وأبي أيوب الأنصاري وأبي هريرة رضي الله تعالى عنهم والحسن البصري والأوزاعي والليث ، وامتنع مالك أن يقول فيه شيئا وأبقاه مرة اخرى على جهة الورع وحكى ابن أبي هريرة عن ابن خيران أن أكاراً صادله خنزير ماء وحمله إليه فأكله ، وقال كان طعمه موافقاً لطعم الحوت سواء ، وقال ابن وهب سألت الليث بن سعد عنه فقال إن سماه الناس خنزيرا لم يؤكل لأن الله حرم الخنزير. (٢)

(١) أسنى المطالب ٤/ ٢١٨ ، نهاية المحتاج ٥/ ١٦٥ ، ١٦٦ ، وكشاف القناع ٤/ ٧٨

(٢) حياة الحيوان للدميري ١/ ٣٠٧

خنق

التعريف :

١ ـ الخنِق بكسر النون والخنْق (بسكونها) مصدر خنق يَخنُقُ إذا عصر حلقه حتى يموت ، والتخنيق مصدر خنّق ومنه الخنّاق ، والخناق الحبل الذي يخنق به. (١)

ويستعمل في الاصطلاح عند الفقهاء في نفس المعنى اللغوي ، بأي وسيلة كان الخنق بحبل أو غيره ، كأن جعل في عنقه حبلا ثم علقه في شيء عن الأرض ، أو خنقه بيديه أو سد فمه وأنفه أو نحو ذلك. (٢)

الحكم الإجمالي :

أولا ـ في الصيد والذبائح :

٢ ـ اتفق الفقهاء على أن الحيوان الذي من شأنه أن يذبح فإنه لا يحل بالخنق لقوله تعالى : ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير

(١) المصباح المنير ، ولسان العرب في المادة.

(٢) ابن عابدين ٥/ ٣٤٩ ، ومطالب أولي النهى ٦/ ٩ ، القرطبي ٦/ ٤٨

وما أهل لغير الله به والمنخنقة﴾[١]

كذلك يحرم الأكل من الصيد الذي مات بالخناق بحبل منصوب له، أو الذي خنقه الكلب المعلّم من غير جرح، لعموم قوله تعالى: ﴿والمنخنقة﴾[٢]

وتفصيله في مصطلح: (صيد، ذبائح).

ثانيا ـ في القتل:

٣ ـ ذهب جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية إلى أن القتل بالخنق قتل عمد يوجب القود، فيقتل به الجاني قصاصا، لأن العمد قصد الفعل الذي وقع به القتل بما يتلف غالبا جارحا أو لا، كما يقول الشافعية والحنابلة، وهذا يشمل التخنيق والتغريق، كما يشمل الإلقاء من شاهق، والقتل بمثقل، ولأن قصد العدوان يكفي ليكون القتل عمدا موجبا للقصاص عند المالكية، سواء أقصد الجاني قتل المجني عليه أم قصد مجرد ضربه وتعذيبه فمات.[٣]

وقال أبو حنيفة: لا قصاص في القتل بالخنق والتغريق والقتل بالمثقل، لأنه ليس عمدا، بل شبه عمد، وقال: العمد ما تعمد قتله بالحديد كالسيف والسكين والرمح والخنجر والنشابة والإبرة والإشفى.[١] ونحوها مما يفرق أجزاء البدن. وذلك لأن العمد هو القصد وهو أمر باطن لا يوقف عليه إلا بدليله من استعمال آلة معدة للقتل، فلا قود في القتل بالخنق، لأنه لم يقصد ضربه بآلة جارحة معدة للقتل.[٢]

هذا إذا لم يتكرر القتل بالخنق، أما إذا اعتاد الخنق وتكرر منه ولو مرتين قتل به بلا خلاف، إلا أن أبا حنيفة قال: من خنق أكثر من مرة قتل سياسة[٣] لسعيه في الأرض الفساد.[٤]

٤ ـ هذا، وإذا حكم في الخنق بالقصاص فالحنفية والحنابلة في إحدى الروايتين على أن الجاني (الخانق) لا يقتص منه إلا بالسيف، لقوله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف»[٥] ولأن القصد

---

(١) سورة المائدة/ ٣

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ١٨٦، وتفسير القرطبي ٦/ ٤٨، وأسنى المطالب ١/ ٥٥٥، والمغني ٨/ ٥٤٥

(٣) ابن عابدين ٣/ ٢١٥، ٣٣٩، والاختيار ٥/ ٢٩، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٤٢، وحاشية الجمل ٥/ ٥، والمغني ٧/ ٦٤٠، ومغني المحتاج ٤/ ٦

(١) الإشفى مخرز الإسكافي.

(٢) الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥/ ٣٣٩، ٣٤٩، والاختيار ٥/ ٢٩

(٣) السياسة في الأصل استصلاح الخلق بإرشادهم إلى الطريق المنجي في الدنيا والآخرة. وفي باب الزجر والتأديب عرفها بعضهم بأنها تغليظ جناية لها حكم شرعي حسما لمادة الفساد، والظاهر أن السياسة والتعزير مترادفان. (ابن عابدين ٣/ ١٤٧، ١٤٨).

(٤) ابن عابدين ٣/ ٢١٥، ٥/ ٣٤٩

(٥) حديث: «لا قود إلا بالسيف». أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨٨٩ ـ ط الحلبي) من حديث النعمان بن بشير، ومن حديث أبي بكرة، وأورده ابن حجر في التلخيص =

من القود إتلاف جملته وقد أمكن بضرب عنقه فلا يجوز تعذيبه .[1]

وذهب المالكية والشافعية وهو إحدى الروايتين للحنابلة إلى أن القاتل يقتل بمثل ما قتل إلا في حالات خاصة تذكر في مصطلح (قصاص)، لقوله تعالى : ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾[2] وعلى ذلك فيخنق الخانق حتى يموت عند المالكية والشافعية، إلا إذا اختار مستحق القود السيف فيمكّن منه، لأنه أخف من غيره غالبا، ولأنه الأصل في القصاص .[3]

وتفصيله في مصطلحي : (جناية، وقصاص).

ثالثا ـ في الأيمان :

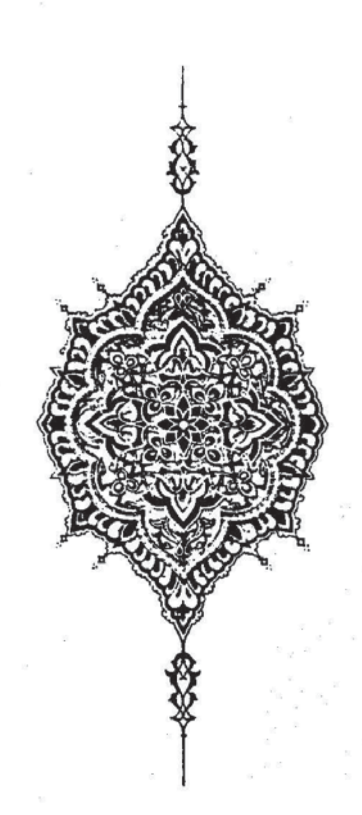
٥ ـ صرح الحنفية والحنابلة بأن من حلف لا يضرب امرأته فخنقها أو مد شعرها أو عضّها حنث، لأن الضرب اسم لفعل مؤلم فيدخل فيه الخنق .[4]

وقال الشافعية : ليس وضع السوط عليه والعض، والخنق، أو نتف الشعر ضربا، لانتفاء تسميته بذلك عرفا، فلا يحنث إن عضّها أو خنقها أو نتف شعرها .[1]

(ر: أيمان).

مواطن البحث :

ذكر الفقهاء حكم الخنق في مباحث الصيد والذبائح ، وفي الجنايات والقصاص وشبه العمد، وفي باب اليمين.



= (٤/ ١٩ ـ شركة الطباعة الفنية)، ونقل عن عبدالحق الأشبيلي أنه قال «طرقه كلها ضعيفة» وعن البيهقي أنه قال : «لم يثبت له إسناد».

(١) ابن عابدين ٥/ ٣٤٦، ومطالب أولي النهى ٦/ ٥٢

(٢) سورة النحل/ ١٢٦

(٣) جواهر الإكليل ٢/ ٢٦٥، والقليوبي ٤/ ١٢٤

(٤) الاختيار للموصلي ٤/ ٧٢، والمغني لابن قدامة ٨/ ٧٢٦

(١) المهذب ٢/ ١٣٧، ١٣٨، ونهاية المحتاج ٨/ ١٩٩

خوارج

انظر : فرق

خوف

انظر: صلاة الخوف



خيـار

التعريف :

١ ـ الخيـار في اللغـة اسم مصـدر من (الاختيار) وهو الاصطفاء والانتقاء، والفعل منهما (اختار). وقـول القـائـل : أنت بالخيـار، معنـاه : اختر ما شئت. وخـيره بين الشيئـين معنـاه : فوض إليه اختيار أحدهما. [١]

والخيـار في الاصطـلاح له تعاريف كثيرة إلا أنهـا في الغـالب تناولت هذا اللفظ مقرونا بلفظ آخـر لأنـواع الخيارات دون أن يقصد بالتعريف (الخيـار) عمـومـا، على أنـه يمكن استخلاص تعـريف للخيار من حيث هو من خلال تعاريف أنـواع الخيـار بأن يقـال : هو حق العاقد في فسخ العقــد أو إمضـائـه، لظهـور مسـوغ شرعي أو بمقتضى اتفاق عقدي .

---

(١) مقاييس اللغة لابن فارس مادة: «خير» (وموقعها في ترتيبه الخـاص ص٢/ ٢٣٢) وأساس البلاغة للزمخشري، والنهاية لابن الأثـير، وتهـذيب الأسماء واللغات للنووي، والمصباح المنـير، والقـامـوس، وتـاج العـروس، ولسـان العـرب، ومعجم متن اللغــة، والمعجم الــوسيـط (كلهن مادة خير) والكليات لأبي البقاء ص٢١٤

الألفاظ ذات الصلة :

أ - عدم اللزوم :

٢ - اللزوم : معناه عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة ، ويسمى العقد الذي هذا شأنه (العقد اللازم) بمعنى أن العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضا العاقد الآخر، فكما لا يعقد العقد إلا بالتراضي لا يفسخ إلا بالتراضي (وذلك بالإقالة) ومن هذا يتضح تعريف عدم اللزوم فهو: إمكان رجوع العاقد عن العقد ونقضه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى التراضي على ذلك النقض.

فهذا اللزوم قد يتخلف في بعض العقود فيستطيع كل من الطرفين أو أحدهما أن يتحلل من رابطة العقد ويفسخه بمجرد إرادته دون توقف على رضا الآخر. وتخلف اللزوم هنا مبعثه أن طبيعة العقد وغايته تقتضي عدم اللزوم ، والعقد عندئذ (عقد غير لازم) إذ يكون عدم اللزوم صفة ملحوظة في نوع العقد.

ومن السهل تبين الفرق بين التخيير وبين طبيعة عدم اللزوم في العقود غير اللازمة ، فالتخيير حالة طارئة على العقد حيث إن الأصل في العقد اللزوم ، فالعقد المقترن بخيار هو قيد أو استثناء على ذلك المبدأ، ثم هو في جميع الخيارات ليس مما تقتضيه طبيعة العقود، بل هو مما اعتبر قيدا على تلك الطبيعة لأصالة اللزوم . أما في العقود غير اللازمة بأنواعها فإنه جزء من طبيعتها تقتضيه غاياتها ولا ينفصل عنها إلا لسبب خاص فيها لزومه ليس أصلا .

والعقود اللازمة تحتمل الفسخ فقط أما الإجازة فلا مجال لها ، لأن الإقدام على العقد والاستمرار فيه يغني عنها ، في حين أن الخيارات تحتمل الأمرين .

وهناك فارق آخر بين العقود غير اللازمة وبين الخيارات يقوم على ملاحظة نتيجة (الفسخ) الذي هو أمر مشترك ، فحكم الفسخ في العقود غير اللازمة مختلف عنه في الخيارات ، حيث يكون في الصورة الأولى مقتصرا (ليس له تأثير رجعي) لا يمس التصرفات السابقة . أما في الصورة الثانية (الخيارات) فالفسخ مستند (له انعطاف وتأثير رجعي) ينسحب فيه الانفساخ على الماضي فيجعل العقد كأنه لم ينعقد من أصله .

ب - الفسخ للفساد :

٣ - العقد الفاسد . يشبه الخيار في فكرة عدم اللزوم وفي احتماله الفسخ ، يقول الكاساني : «حكم البيع نوعان، نوع يرتفع بالفسخ ، وهو الذي يقوم برفعه أحد العاقدين ، وهو حكم كل بيع لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات الأربعة والبيع الفاسد . . . »[1] كما أنه يتأخر أثره فلا

---

(١) البدائع ٥/ ٣٠٦ ونحوه في ٥/ ٣٠٠ - ٣٠١

يثبت إلا بالقبض، لكنه مفترق عن حالة التخيير فكل منهما من نوع خاص من أنواع العقد، فالفاسد من باب الصحة، أما التخيير فهو من باب اللزوم، ثم لهذا أثره في افتراق الأحكام، من ذلك أن الخيار (عدا خيار الرؤية) يسقط بصريح الإسقاط، أما حق الفسخ في البيع الفاسد فلا يبطل بصريح الإبطال والإسقاط.

وهناك بعض العبارات الفقهية توضِّح التفرقة بين الخيار والفسخ منها تصريح بعض المالكية بأن الخيار يتعلق به حق لأحد معين. (١) وكأنه يشير إلى أن الفسخ للفساد يتعلق به حق الشرع.

ج ـ الفسخ للتوقف :

٤ ـ التفرقة بين التخيير والتوقف تكون في المنشأ والأحكام والانتهاء. (٢)

فالخيار ينشأ لتعيب الإرادة (وذلك في الخيار الحكمي غالبا) أو لاتجاه إرادة المتعاقدين لمنع لزوم العقد (وذلك في الخيارات الإرادية) وكلاهما مرحلة بعد انعقاد العقد وصلوحه لسريان آثاره (النفاذ). أما الموقوف فهو ينشأ لنقص الأهلية في العاقد، أو لتعلق حق الغير. فلكل منهما مجال مغاير للآخر، ليس مغايرة اختلاف في السبب فقط، بل مع التداعي والتجانس بين أسباب كل منهما ومنافرتها ما للآخر.

أما من حيث الطبيعة والأحكام فإن العقد الموقوف تكون آثاره معلقة بسبب المانع الشرعي من نفاذها، وهذا بالرغم من انعقاده وصحته لأن ذلك المانع منع تمام العلة.

أما الخيار فإن حكم العقد قد نفذ وترتبت آثاره ولكن امتنع ثبوتها بسبب الخيار، فأحيانا يمتنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة، وذلك في خيار الشرط، وأحيانا يمتنع تمام الحكم بعد ثبوته، كخيار الرؤية، وأحيانا يمتنع لزوم العقد بعد أن سرت آثاره، كخيار العيب. (١)

وفي الانقضاء نجد أن الموقوف لما كان غير تام العلة لم تتم الصفقة، فيكفي في نقضه محض إرادة من له النقض، وهو لهذا الضعف فيه لا يرد فيه إسقاط الخيار، ولا ينتقل بالميراث، بل يبطل العقد بموت من له حق إجازته، في حين يجوز إسقاط الخيار ـ في الجملة ـ وينتقل بالميراث وخاصة ما كان منه متصلا بالعين على اختلاف في المذاهب، وينقضي الخيار بإرادة من هو له دون حاجة إلى التراضي أو التقاضي إلا حيث تتم الصفقة بحصول القبض في خيار العيب.

(١) اللباب للقفصي ص ١٣ ـ ١٣٧

(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٦/ ٧٠

(١) فتح القدير ٥/ ١١٠

د ـ الفسخ في الإقالة :

٥ ـ تشبه الإقالة الخيار من حيث تأديتهما ـ في حال ما ـ إلى فسخ العقد، وتشبهه أيضا من جهة أنهما لا يدخلان إلا عقود المعاوضات المالية اللازمة القابلة للفسخ .

ولكن الإقالة تخالف الخيار في أن من له الخيار يمكنه فسخ العقد بمحض إرادته دون توقف على رضا صاحبه، بخلاف الإقالة فلابد من التقاء الإرادتين على فسخ العقد. كما أن هناك فرقا آخر هو أن الخيار يجعل العقد غير لازم في حق من هو له. وأما الإقالة فلا تكون إلا حيث يكون العقد لازما للطرفين. (١)

تقسيمات الخيار

أولا ـ التقسيم بحسب طبيعة الخيار:

٦ ـ ينقسم الخيار بحسب طبيعته إلى حكمي وإرادي.

فالحكمي ما ثبت بمجرد حكم الشارع فينشأ الخيار عند وجود السبب الشرعي وتحقق الشرائط المطلوبة، فهذه اخيارات لا تتوقف على اتفاق أو اشتراط لقيامها، بل تنشأ لمجرد وقوع سببها الذي ربط قيامها به.

ومثاله: خيار العيب.

(١) در الصكوك: ص٢٦٨

أما الإرادي فهو الذي ينشأ عن إرادة العاقد. (١)

والخيارات الحكمية تستغرق معظم الخيارات، بل هي كلها ماعدا الخيارات الإرادية الثلاثة: خيار الشرط، خيار النقد، خيار التعيين.

فما وراء هذه الخيارات فإنه حكمي المنشأ أثبته الشارع رعاية لمصلحة العاقد المحتاج إليه دون أن يسعى الإنسان للحصول عليه.

ثانيا ـ التقسيم بحسب غاية الخيار:

٧ ـ يقوم هذا التقسيم للخيارات على النظر إليها من حيث الغاية، هل هي التروي وجلب المصلحة للعاقد، أو تكملة النقص ودرء الضرر عنه؟.

يقول الغزالي: ينقسم الخيار إلى خيار التروي . وإلى خيار النقيصة.

وخيار التروي : ما لا يتوقف على فوات وصف، وله سببان: أحدهما: المجلس. والثاني: الشرط.

وأما خيار النقيصة، وهو: ما يثبت بفوات أمر مظنون نشأ الظن فيه من التزام شرعي، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي. (٢) ثم فرع الغزالي من خيار النقيصة عدة خيارات.

(١) البدائع ٥/ ٢٩٢ ـ ٢٩٧

(٢) الوجيز ١/ ١٤١ ـ ١٤٢

ونحـــوه للمالكيـة[1] فقـد جرى خليـل على البـدء بخيـار التروي ثم أتبعـه بخيـار النقيصة.[2]

ثالثا - التقسيم بحسب موضوع الخيار:

٨ - أ - خيارات التروي.

١ - خيار المجلس.
٢ - خيار الرجوع.
٣ - خيار القبول.
٤ - خيار الشرط.

٩ - ب - خيارات النقيصة:

١ - خيار العيب.
٢ - خيار الاستحقاق.
٣ - خيار تفرق الصفقة.
٤ - خيار الهلاك الجزئي.

١٠ - جـ - خيارات الجهالة:

١ - خيار الرؤية:
٢ - خيار الكمية.
٣ - خيار كشف الحال.
٤ - خيار التعيين.

١١ - د - خيارات التغرير:

١ - خيـار التـدليس الفعـلي (بـالتصـرية ونحوها) والتغرير القولي.
٢ - خيار النجش.
٣ - خيار تلقي الركبان.

١٢ - هـ - خيارات الغبن:

١ - خيار المسترسل.
٢ - خيار غبن القاصر وشبهه.

١٣ - و - خيارات الأمانة:

١ - خيار المرابحة.
٢ - خيار التولية.
٣ - خيار التشريك.
٤ - خيار المواضعة.

١٤ - ز - خيارات الخلف:

١ - خيار فوات الوصف المرغوب.
٢ - خيار فوات الشرط.
٣ - خيار اختلاف المقدار.

١٥ - ح - خيارات اختلال التنفيذ:

١ - خيار التأخير.

١٦ - ك - خيارات امتناع التسليم:

١ - خيار النقد.
٢ - خيار تعذر التسليم.

---

(١) الدردير وحاشية الدسوقي ١/ ١١٨

(٢) وسماها بعض المصنفين: خيار نقص، وخيار شهوة، فخيار النقص يراد به خيارات توقي النقيصة، أما خيار الشهوة فالمراد به خيارات التروي (مغني المحتاج ٢/ ٤٠).

٣ ـ خيار تسارع الفساد.
٤ ـ خيار التفليس.

حكمة تشريع الخيار:

١٧ ـ الغرض في الخيارات الحكمية: بالرغم من تعدد أسبابها، هو تلافي النقص الحاصل بعد تخلف شريطة لزوم العقد. وذلك بعد أن تحققت شرائط الانعقاد والصحة والنفاذ، أي أن الخيارات الحكمية لتخفيف مغبة الإخلال بالعقد في البداية لعدم المعلومية التامة، أو لدخول اللبس والغبن ونحوه مما يؤدي إلى الإضرار بالعاقد، أو في النهاية كاختلال التنفيذ.

فالغاية من الخيارات الحكمية تمحيص الإرادتين وتنقية عنصر التراضي من الشوائب توصلا إلى دفع الضرر عن العاقد. ومن هنا قسم الفقهاء الخيارات إلى شطرين: خيارات التروي، وخيارات النقيصة، ومرادهم بخيارات النقيصة الخيارات التي تهدف لدفع الضرر عن العاقد في حين تهدف خيارات التروي إلى جلب النفع له.

أما الغرض من الخيارات الإرادية فإنه يختلف عن الغرض من الخيار في صعيد الخيارات الحكمية. ففي الخيارات الإرادية يكاد الباعث عليها يكون أمرا واحدا هو ما دعاه الفقهاء بالتروي، أي التأمل في صلوح الشيء له وسد حاجته في الشراء، وذلك للترفيه عن المتعاقد لتحصيل مصلحة يحرص عليها. والتروي سبيله أمران: (المشورة) للوصول إلى الرأي الحميد، أو الاختبار وهو تبين خبر الشيء بالتجربة أو الاطلاع التام على كنهه، قال ابن رشد: «والخيار يكون لوجهين: لمشورة واختبار المبيع، أو لأحد الوجهين.[1] ويقول بعدئذ: العلة في إجازة البيع على الخيار وحاجة الناس إلى المشورة فيه، أو الاختيار».[2]

على أن تعدد الغرض ممكن بأن يقصد المشورة والاختبار معا، وهذا كله في المشتري، أما البائع فلا يتصور في حقه إلا كون الغرض المشورة، لأن المبادلة منه تهدف إلى الثمن، والثمن لا مجال لاختباره غالبا، إنما يتصور أن يراجع البائع من يثق به في كون الثمن متكافئا مع المبيع فلا غبن ولا وكس.

والتروي ـ كما يقول الحطاب ـ لا يختص بالمبيع فقد يكون أيضا في الثمن، أو في أصل العقد.[3]

وثمرة ذلك عند المالكية أنه يجبر البائع على تسليم المبيع إذا كان الغرض من الخيار الاختبار، فإذا بين الغرض من الخيار عومل حسب بيانه، أما إن سكت عن البيان، فقد قرر

(١) المقدمات ٢/ ٥٥٧
(٢) المقدمات ٢/ ٥٥٩
(٣) الحطاب على خليل ٤/ ٤١٤

ابن رشد أن سكوته عن ذكر الغرض يحمل على أن غرضه المشورة فهي مفترضة دائما، إلا إذا صرح بأن غرضه الاختبار واشترط قبض السلعة. ونص كلام ابن رشد في هذا:[1] «اشترط المشتري الخيار. ولم يبين أنه إنما يشترط الخيار للاختبار، وأراد قبض السلعة ليختبرها، وأبى البائع من دفعها إليه وقال: إنما لك المشورة إذا لم تشترط قبض السلعة في أمد الخيار للاختبار، فالقول قول البائع، ولا يلزمه دفعها إليه إلا أن يشترط ذلك عليه». بل ذكر أنه ليست من القرينة الحالية في المشتري طول مدة الخيار إذ يحتمل أنه فسخ في الأجل للمشورة الدقيقة.

وهناك ثمرة عملية أخرى لتحديد الغرض من الخيار (دون تفرقة بين اقتصاره على المشورة أو الاختبار، أو الجمع بينهما) تلك هي أن أمد الخيار ـ وهو عن المالكية ملحوظ فيه العرف والعادة ـ شديد الارتباط بالغرض من الخيار. فإذا كانت العلة في إجازة المبيع على الخيار حاجة الناس إلى المشورة فيه، أو الاختبار، فحده قدر ما يختبر فيه المبيع، ويُرتأى فيه ويستشار، على اختلاف أجناسه وإسراع التغير إليه وإبطائه عنه. فأمد الخيار في البيع إنما هو بقدر ما يحتاج إليه في الاختبار والارتياء مع مراعاة إسراع التغير إلى المبيع وإبطائه عنه خلافا للشافعي وأبي حنيفة رحمهما الله في قولهما: إنه لا يجوز الخيار في شيء من الأشياء فوق ثلاث.[1]

الخيار سالب للزوم:

١٨ ـ إن سلب الخيارات لزوم العقد من بدائه الفقه، حتى أن بعض الفقهاء المصنفين الذين قسّموا العقد إلى لازم وجائز عبروا عن ذلك بقولهم: لازم، ومخيّر، أو لازم وفيه خيار.[2]

ومفاد سلب الخيار لزوم العقد أن يجعل العقد المشتمل على خيار مستويا في الصفة مع العقود غير اللازمة كالعارية والوديعة ومع هذا لا يعسر التمييز بينهما، لأن عدم اللزوم في تلك العقود ناشىء عن طبيعتها الخاصة، أما في الخيارات فعدم اللزوم طارىء بسببها.

وهناك عبارات فقهية تدل على التفاوت في منزلة الخيارات من حيث سلب اللزوم نظرا إلى أثر الخيار على علة الحكم، والمراد بالعلة هنا العقد الذي لا يتخلف عنه الحكم في الأصل، كالبيع هو علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين، وفي البيع بخيار قد تخلف عن العلة (أي البيع) مقتضاها الذي هو حكم البيع.

وبما أن الموانع متفاوتة في قوة المنع، فمنها

(١) المقدمات لابن رشد ٢/ ٥٥٨

(١) ابن رشد: المقدمات ٢/ ٥٥٩ ـ ٥٦٠

(٢) البدائع ٥/ ٢٢٨

ما يمنع انعقاد العلة من البداية فلا يدعها تمضي لإحداث الأثر، ومنها ما يمنع تمام العلة، أي نفاذ العقد، بتخلف إحدى شريطتي النفاذ (الملك أو الولاية، وانتفاء تعلق حق الغير في المعقود عليه) ثم يأتي دور الخيارات في المنع وهو منع مسلط على (الحكم) لا (العلة) فهي قد كتب لها الانعقاد والنفاذ كسهم توفرت وسائل تسديده ثم انطلق دون أن يحجزه شيء عن بلوغ الهدف «فخيار الشرط يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد (ونفاذ) العلة» إذ يمتنع ثبوت حكم البيع وهو خروج المبيع عن ملك البائع، وشبهه ابن الهمام باستتار المرمى إليه بترس يمنع من إصابة الغرض منه.[1] ويليه في قوة المنع خيار الرؤية، لأنه يمنع تمام الحكم بعد ثبوته (وهو غير تمام العلة) وأخيرا خيار العيب يمنع لزوم الحكم.

وفضلا عن التفاوت في أثر الخيار على العقد اللازم لسلب لزومه يلحظ فارق، في نظر الحنفية، بين خيار العيب وبين خياري الرؤية والشرط في وضعهما الشرعي من حيث سلب اللزوم بين أن يتصف بالأصالة أو الخلفية، لهذا الفرق في الحكم باعتبار الفسخ في حق الكل أو في حق المتعاقدين فحسب.

فخيار الرؤية والشرط، لما أن حق الفسخ فيهما «ثبت أصلا لأنهما يسلبان اللزوم في أصل العقد، فكان بالفسخ مستوفيا حقا له، وولاية استيفاء الحق تثبت على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضاء».[1]

أما خيار العيب فإنه يفرق فيه بين القبض وعدمه لما أن «حق الفسخ بالعيب ما ثبت (باعتباره) أصلا. لأن الصفقة تمت بالقبض بل (ثبت) بغيره، وهو استدراك حقه في صفة السلامة».[2]

(١) فتح القدير ٥/ ١١٠

خيار اختلاف المقدار

انظر : بيع

خيار الاستحقاق

انظر: استحقاق

(١) فتح القدير ٥/ ١٦٨

(٢) فتح القدير ٦/ ١٦٨ وذكر بعدئذ أثر هذا الفرق في اعتبار الفسخ في حق الكل أو في حق العاقدين خاصة. وسيأتي في محله المناسب.

خيار التأخير

انظر : خيار النقد، بيع

خيار تسارع الفساد

انظر: خيار الشرط

خيار التشريك

انظر: بيع الأمانة

خيار التصرية

انظر : تصرية

خيار تعذر التسليم

انظر : بيع فاسد، بيع موقوف

خيار التعيين

التعريف :

١ - سبق في مصطلح (خيار) تعريف الخيار، وأما التعيين: فهو مصدر قياسي للفعل المزيد (عيَّن) يقال: عيّنت الشيء، وعيّنت عليه، واستعمالهما واحد، فمن الأول - وهو الأليق بهذا الموضوع - ما جاء في المعاجم من أن تعيين الشيء معناه تخصيصه من الجملة، كما قال الجوهري. ومن الثاني: عيّنت على السارق: خصصته من بين المتهمين، مأخوذ من (عين) الشيء، أي نفسه وذاته. [١]

أما في الاصطلاح فقد عرّف الحنفية البيع الذي فيه خيار التعيين بأنه: شراء أحد الشيئين أو الثلاثة على أن يعين أيا شاء. أما تعريف الخيار فيمكن استخلاص التعريف التالي له وهو: أنه (حق العاقد في تعيين أحد الأشياء التي وقع العقد على أحدها شائعا، خلال مدة معينة). وصورته: أن يقول البائع للمشتري:

---

(١) الصحاح، ولسان العرب والمصباح المنير مادة: «عين».

بعتك أحد هذه الأثواب الثلاثة ولك الخيار في أيها شئت. ونحو ذلك من العبارات، سواء وقع التصريح به من البائع أو المشتري.(١)

تسميته :

٢ ـ يسمى (خيار التعيين) باسم آخر هو (خيار التمييز) وقد أطلقه عليه الطحاوي في مناسبة مقارنته بخيار الشرط قائلا عنه : وخيار التمييز غير موقت. وكثير من المصنفين يعبر عنه بالتعبير المسهب دون تسميته. ويسمي المالكية العقد المشتمل عليه : بيع الاختيار.(٢)

الألفاظ ذات الصلة :

خيار الشرط :

٣ ـ هناك صورة من خيار الشرط يتوهم أنها من صور خيار التعيين مع أنها ليست منه في شيء، وهي ما إذا باعه ثلاثة أثواب على أن له خيار الشرط في واحد منها لا في الجميع، فهذه المسألة عبارة عن خيار شرط في أحد أفراد المبيع، يتضح ذلك من كون المقصود بالبيع في خيار التعيين واحدا، وهنا البيع منصب على الثلاثة، لكن في المعقود عليه المتعدد خيار لم يعين محله، وهي من الصور الفاسدة.(١)

وهذه صورة أخرى من الاختيار لا الخيار، ما لو أسلم على أكثر من أربع زوجات وأسلمن معه فعليه اختيار أربعة فقط.

وقد ذكروا أنه لو مات قبل الاختيار فإن «الخيار» لا ينتقل إلى الوارث.(٢) وهو كما يبدو ليس خيارا بين الفسخ والإمضاء، وإنما هو قيام المكلف بالاختيار في غير معين، فهو يشبه خيار التعيين لكنه ثبت حكما لا بالشرط، كما أن الواقعة المولدة للخيار غير عقدية.

خيار التعيين في الثمن :

٤ ـ أكثر ما يذكر له خيار التعيين ما يكون في المبيع، ولكن هناك خيار يتصل بتعيين الثمن، لا يكتفى بذكر الخيار فيه، وهو ما إذا باع شيئا إلى أجلين، أو باعه إلى أجل أو حالا، بثمنين مختلفين، وترك له أن يختار. فهنا ذكر ثمنين مختلفين وترك له الخيار في أحدهما مع ما ينشأ عنه من حلول أو تأجيل.

وهذه الصورة من التعاقد مشهورة في

(١) التعريفات للجرجاني ص٤٦، الدرر لملا خسرو ٢/ ١٥١، الحطاب وبهامشه المواق ٤/ ٤٢٤، الدسوقي ٣/ ١٠٥ وهو تعريف ابن عرفة في كتابه المشهور في الحدود (أي التعاريف).

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٢ نقلا عن الطحاوي، الدسوقي ٣/ ١٠٥

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٥٢، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٦٠

(٢) المجموع ٩/ ٢٢٢

المذاهب وهي ممنوعة إذا لم يفترقا على التعيين في المجلس. وينظر مصطلح (بيعتين في بيعة). [١]

الحكم التكليفي:

٥ - ذهب إلى القول بمشروعية هذا الخيار كل من الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة، أما الحنفية فقد سبق شيء من اهتمامهم به، وقد عقدوا له فصلا من باب خيار الشرط، وأما المالكية فقد ذهبوا إلى ثبوت العقد على أحد أشياء لا بعينه، وتعريفه وصورته أنه: «بيع جعل من البائع للمشتري التعيين لما اشتراه، كأبيعك أحد هذين الثوبين على البت بدينار وجعلت لك يوما (أو يومين) تختار فيه واحدا منهما» ولكنهم صرحوا بأن هذا العقد لا صلة له بالخيار بين الأخذ والرد.

وصرحوا أيضا بأن العقد فيه لازم وسموه (بيع الاختيار) تمييزا له عن البيع بخيار الشرط الذي يسمى أحيانا (بيع الخيار) وجعلوا بينهما تقابلا، لأنه ليس هناك خيار في العقد «أحدهما لازم له، وإنما الخيار في التعيين ولا يرد إلا أحدهما». [٢]

وأشار المالكية إلى أن (الاختيار) قد يجامع الخيار وقد ينفرد عنه فيكون هناك بيع خيار فقط (وهو خيار الشرط المعروف)، وبيع اختيار فقط (وهو المسمى خيار التعيين) وبيع خيار واختيار وهو «بيع جعل فيه البائع للمشتري الاختيار في التعيين، وبعده هو فيما يعينه بالخيار في الأخذ والرد». والظاهر أن المالكية انتبهوا إلى استبعاد اختيار التعيين من صعيد (الخيار) لاشتراطهم توقيته، في حين فصّل الحنفية بأن جعلوا اشتراط التوقيت قاصرا على حال تجرد خيار التعيين من خيار الشرط. يضاف لذلك أنه ورد في كتبهم الأولى - غالبا - ملابسا لخيار الشرط مقترنا به، لذا لم تحفل عباراتهم بالاحتراز منه. [١]

وذكر ابن مفلح أنه قال به أبو الوفاء بن عقيل من فقهاء الحنابلة وذكره في كتاب المفردات - وقوله مخالف لجمهورهم - وهو ظاهر كلام الشريف وأبي الخطاب، ومثلوا له بنحو، بيع شاة مبهمة في شياه إن تساوت القيمة. [٢]

هؤلاء مثبتوه، وأما نفاته فهم الشافعية - إلا

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ١٥٤، نيل الأوطار ٣/ ١٧٢، اختلاف الفقهاء للطبري ٣٢ - ٣٣، مغني المحتاج ٢/ ٣١

(٢) حاشية الدسوقي على الدردير ٣/ ١٠٦

(١) المبسوط ١٣/ ٥٥، البدائع ٥/ ١٥٧، فتح القدير ٥/ ١٣١، شرح الدردير على خليل ٣/ ١٠٧، الدسوقي ٣/ ١٠٥، الحطاب ٤/ ٤٢٣، وذكر صاحب بداية المجتهد أنه إن كان الثوبان من صنفين - وهما مما لا يجوز أن يسلم أحدهما من الآخر - فإنه لا خلاف بين مالك والشافعي في أنه لا يجوز. وإن كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبي حنيفة والشافعي (٢/ ١٢٨).

(٢) الدسوقي ٣/ ١٠٥، وكشاف القناع ٣/ ١٦٧ - ١٦٨، ومطالب أولي النهى ٣/ ٣١، والفروع لابن مفلح ٤/ ٢٦

في قول قديم حكاه المتولي أنه يصح (في مثل الصورة السابقة لدى أبي حنيفة). قال النووي: وهذا شاذ مردود ـ والشافعية حين منعوه جعلوه من مسائل جهالة عين المبيع، ونصوا على بطلانه، سواء وقع العقد على واحد من متعدد، أو وقع على الكل إلا واحدا، ومذهب جمهور الحنابلة كذلك، مع تنصيصهم على أنه باطل ولو تساوت قيمة الأشياء المختار منها[1] وفي ذلك نزاع (صلته بكفاية تعيين المبيع ولا صلة له بخيار التعيين). واستدل الحنابلة أيضا لمنعه بأنه من باب البيع والثُّنْيا، وقد نهى ﷺ عن الثنيا إلا أن تعلم»[2] ولأن ذلك غرر ويفضي إلى التنازع.

دليل مشروعية خيار التعيين:

٦ ـ احتج الحنفية لمشروعيته بالقياس على خيار الشرط لأنه في معنى ما ورد فيه الشرع، وهو خيار الشرط فجاز إلحاقا به، لأن خيار الشرط

(١) المجموع شرح المهذب ٩/ ٣١٢، شرح الروض ٢/ ١٤ سواء تساوت القيم أم لا، وسواء قال: ولك الخيار في التعيين أم لا. وعلل الرملي في حاشيته المنع بأنه للغرر، ولأن العقد لم يجد موردا يتأثر به في الحال.

(٢) حديث: «نهى عن الثُّنْيا إلا أن تعلم». أخرجه مسلم (٣/ ١١٧٥ ـ ط الحلبي) من حديث جابر، دون قوله: «إلا أن تعلم». وأخرجه الترمذي (٣/ ٥٧٦ ـ ط الحلبي) بلفظ «أن رسول الله ﷺ نهى عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والثنيا إلا أن تعلم» وقال: هذا حديث حسن صحيح.

شرع للحاجة إلى دفع الغبن، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة، فكان باعتبار الحاجة في معنى ما ورد به الشرع، وبالرغم من قياسه على خيار الشرط فقد ذكروا أنه ثبت استحسانا على خلاف القياس، والمقصود مبدأ القياس عموما، أما دليله فهو القياس على خيار الشرط، لأن خيار الشرط نفسه ثبت على خلاف القياس الذي هو اللزوم. وذكر الحنفية أن ما فيه من جهالة لا تفضي إلى المنازعة لاستقلال المشتري بالتعيين فلم يبق له منازع فيما يختار.[1]

شرائط قيام خيار التعيين:

أ ـ ذكر شرط التعيين في صلب العقد:

٧ ـ لابد من ذكر شرط التعيين في الإيجاب والقبول بنحو عبارة: على أنك بالخيار في أيهما شئت، أو على أن تأخذ أيها شئت، ليكون نصا في خيار التعيين وإلا كان العقد فاسدا للجهالة، ولا يشترط ذكر (الخيار) بل يكفي ما يؤدي معناه بأي لفظ كان كقوله: على أن تحتفظ بأحدها وتعيد الباقي.[2]

ب ـ أن يكون محل الخيار من القيميات:

٨ ـ القيمي هنا ما ليس له نظير، أو ما لا يوجد له مثل في الأسواق، أو يوجد لكن مع التفاوت

(١) العناية شرح الهداية ٥/ ١٣٠، وفتح القدير ٥/ ١٣١، والمغني ٤/ ٩٩، والمجموع ٩/ ٣١٣

(٢) شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٦١ نقلا عن البحر الرائق.

المعتد به في القيمة، أما المثليات المختلفة الجنس فقد ألحقت بالقيمي، وأما المثلي المتفق الجنس فلا يصح. لأن الحاجة (التي شرع لأجلها) هي في التفاوت. بخلاف المثليات فإن اشتراطه فيها لا فائدة فيه، ومن قبيل العبث، فيجب أن تكون متفاوتة فيما بينها.

وقال الحنفية: سواء كان الثمن متفقا أو مختلفا، في حين اشترط المالكية وبعض الحنابلة من القائلين به تساوي تلك الأشياء في القيمة.[1]

ج - أن تكون مدة الخيار معلومة:

٩ - هذا على ما اعتمده الحنفية، وذكر الزيلعي أنه لا يشترط لعدم الجدوى. وعند أبي حنيفة لا يجوز زيادتها عن ثلاثة أيام، وأطلق الصاحبان المدة على أن تكون معلومة، ورجحه الزيلعي وغيره. وقد فرق البابرتي والزيلعي بين الأخذ برأي من استلزم لخيار التعيين خيار الشرط، فلا بأس على هذا من عدم توقيته لإغناء مدة الخيار عنه، وأما على القول بجواز أن يعرى عن خيار الشرط فلابد من التوقيت.[2]

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٠ وشرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٦٠ والفروع ٤/ ٢٦ والمبسوط ٣/ ٥٦ والفتاوى الهندية ٣/ ٥٥ - ٥٦ نقلا عن المحيط، الحطاب ٤/ ٤٢٦ «فإن اختلفا يضمن حينئذ ضمان المبيع بيعا فاسدا».

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ٢١، العناية شرح الهداية ٥/ ١٣١

د - عدم زيادة الأفراد المختار بينها على ثلاثة:

١٠ - فلا يجوز - على هذه الشريطة - أن يكون هذا الخيار في أكثر من ثلاثة أشياء، لاندفاع الحاجة بذلك، لاشتمال الثلاثة على الجيد والوسط والرديء. (ويجوز أن يكون الخيار في واحد من اثنين بطريق الأولى) قالوا: والزائد يقع مكررا غير محتاج إليه، وقد شرع للحاجة.[1]

هـ - العدد المختار من العاقد:

١١ - هل يشترط أن لا يزيد العدد المختار من العاقد على واحد أي ما يقع عليه اختياره أم له اختيار اثنين (مثلا)؟ لم نر للحنفية فيه نصا، لكن الصور التي ذكروها قائمة على اختيار واحد، وقد نص المالكية على أنه ليس له أن يتمسك إلا بواحد على ما قال الحطاب.[2]

و - اقترانه بخيار الشرط:

١٢ - هذا الخيار وثيق الصلة بخيار الشرط، بل هو متفرع عنه من حيث مشروعيته ومعظم أحكامه، كالمدة والسقوط، ولذا يذكره الفقهاء في أثناء باب خيار الشرط. وبالرغم من هذا هو خيار مستقل، وسبب ارتباطه بخيار الشرط إما غلبة اشتراطه معه ليكون العقد في أصله غير

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٠ والعناية أيضا.

(٢) الحطاب ٤/ ٤٢٤، و٤/ ٤٢٥ «أما اختيار ثلاثة فبعيد».

لازم بحيث يكون للمشتري رد الجميع، وإما على القول باشتراط اقترانه بخيار الشرط. وهو المذكور في الجامع الصغير لمحمد. وهناك رأي آخر للحنفية بعد اشتراطه، وهو الذي ذكره محمد في الجامع الكبير.[1]

من يشترط له الخيار (صاحب الخيار):

١٣ ـ يمكن اشتراط هذا الخيار لأيّ من المتعاقدين. فهو للمشتري إذا كان العقد على أنه يأخذ أيا شاء من الأشياء المميز بينها بالثمن المبين له. فصاحب الخيار هنا هو المشتري وإليه التعيين، ويكون للبائع إذا ذكرا في العقد أن البائع هو الذي يختار أحد الأشياء التي هي موضوع التعيين، فالبائع هنا صاحب الخيار وهو الذي يقوم بالتعيين.

ولا عبرة بصدور الاشتراط من البائع أو المشتري مثلا بل النظر لصيغته، فلو قال المشتري: اشتريت منك أحد هذين الثوبين على أن تعطيني أيهما شئت بالثمن المعين له فالخيار هنا للبائع، وهو المستفيد بالرغم من أن مشترط الخيار هو المشتري، فلا أثر لذلك، فحكمه كما لو صدر الاشتراط باتفاق الطرفين، بل هو في الحقيقة معتبر منهما، لضرورة اتفاق الإرادتين عليه، فالعبرة إذن بالمشترط له الخيار لا في ذاكر الشرط.

ولا يسوغ أن يشترط للبائع والمشتري في آن واحد، لأن ذلك يؤدي إلى الجهالة الفاحشة التي تحدث التنازع، وقد اغتفرت خفة الجهالة بسبب استبداد المشتري بالخيار، أما لو كان الاختيار لهما فتختلف رغبتهما ويحدث التنازع.[1]

أثر خيار التعيين على العقد:

أثره في حكم العقد:

١٤ ـ ذكر ملا خسرو من الحنفية أن خيار التعيين يمنع ابتداء حكم العقد، وهو انتقال الملك نظير خيار الشرط، ولكن الشرنبلالي لم يسلم له ذلك في الحاشية عليه، وعلل تلك المخالفة بقوله: أحد ما فيه التعيين غير ممنوع الحكم، غايته أنه مخير في بيان ذلك، بناء على القول بأنه لا يشترط في العقد خيار الشرط، كما في الجامع الكبير وصححه فخر الإسلام.[2]

وهذا واضح لأن خيار التعيين لا أثر له على

---

(١) الهداية وفتح القدير والعناية ٥/ ١٣٠ ـ ١٣٢، البدائع ٥/ ١٥٧ و٢٦١، المبسوط ١٣/ ٥٥، الحطاب ٤/ ٤٢٣، الخرشي ٤/ ٣٧، الدسوقي ٣/ ١٠٥، المقدمات ٢/ ٥٦٣

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٠، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٦٠ ـ ٢٦١، جامع الفصولين ١/ ٣٤٥، «يجوز في جانب البائع كما يجوز في جانب المشتري».

(٢) الدرر لملا خسرو وحاشية الشرنبلالي ٢/ ١٥١

لزوم العقد ما دام عاريا عن خيار الشرط، لأنه حق اختيار، وليس تعليقا لحكم العقد.

فخيار التعيين يجعل ثبوت الملك بالعقد متعلقا بأحد الأشياء التي هي محل الخيار دون تخصيص بأحدها ولا مجاوزة إلى غيرها، ولذلك لو قبض الأشياء المختار منها كان أحدها مبيعا مضمونا والباقي أمانة في يده. [١]

وذكر المالكية في شأن الإلزام بالاختيار والضمان مايلي: إذا مضت مدة الاختيار ولم يختر (وكان له اختيار التعيين مجردا عن خيار الشرط) يلزمه النصف من كل من الثوبين (مثلا)، لأن ثوبا قد لزمه ولا يعلم ما هو منهما، فوجب أن يكون فيهما شريكا.

ومثل ذلك ما إذا ادعى ضياعهما أو ضياع أحدهما يلزمه النصف من كل من الثوبين سواء أكان الثوبان آنئذ بيد البائع أو المشتري، وسواء أكان المبيع مما يغاب عليه أم لا، وسواء أقامت بينة على الضياع أم لا، لأن البيع على اللزوم وقد قبض الشيئين على وجه الإلزام، أي إلزام أن له واحدا من الاثنين من حين القبض. ولزوم النصف من كل من الثوبين إنما هو بكل الثمن الذي وقع البيع به.

فالمالكية في حال مرور مدة التعيين والامتناع عنه لا يرون إجباره على التعيين، بل يطبقون مقتضى شرط التعيين وإرادته تملك نصف محل العقد أو ثلثه. [١]

تبعة الهلاك في خيار التعيين:

١٥ - إذا هلك أحد الأشياء المخير بينها أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه، وتعين الآخر للأمانة (حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيب لا يلزم عليه من قيمته شيء) وهذا لأن العيب يمتنع الرد لاعتبار التعيب اختيارا ضرورة، [٢] ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع، والمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بثمنه وإن شاء ترك. وإن هلك الكل قبل القبض بطل البيع.

ولو هلك الشيئان معا بعد القبض لزم المشتري نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة، فليس أحدهما أولى بكونه المبيع من الآخر. [٣]

وتقدم كلام المالكية في المسألة السابقة.

---

(١) البدائع ٥/ ٢٦١، فتح القدير ٥/ ١٣٢ وفيهما تفصيلات وفروع في مسألة الضمان عند الهلاك.

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٦ - ١٠٧، الخرشي ٤/ ٣٥، المقدمات ٢/ ٥٦٥

(٢) البدائع ٥/ ٢٦٠، العناية شرح الهداية ٥/ ١٣٢ وناقش الإيراد بأنه ليس أقل من سوم الشراء وفيه تجب القيمة بأن ذاك مقبوض على جهة البيع وليس هذا كذلك.

(٣) فتح القدير ٥/ ١٣٢ - ١٣٣، وفيه تفصيلات كثيرة، البدائع ٥/ ٢٦١ - ٢٦٣

توقيت خيار التعيين :

١٦ ـ يشترط في الأرجح توقيت هذا الخيار بمدة معينة إن لم يتضمن خيار الشرط على القول بصحة وروده بدونه ، أما إن تضمن خيار الشرط فمدة الخيار صالحة لهما، وفائدة التوقيت أن يجبر من له الخيار على التعيين بعد مضي المدة دفعا للضرر عن الآخر إذا ماطل من له الخيار في التعيين. قال ابن قاضي سماوة : (وخيار التعيين لم يجز إلا موقتا بثلاثة أيام ، إلا أن يكون مع ذلك خيار الشرط) . (١)

وقد سبق في الشرائط بيان ما يتصل بمعلومية المدة، صلة هذا الخيار بخيار الشرط .

سقوط خيار التعيين :

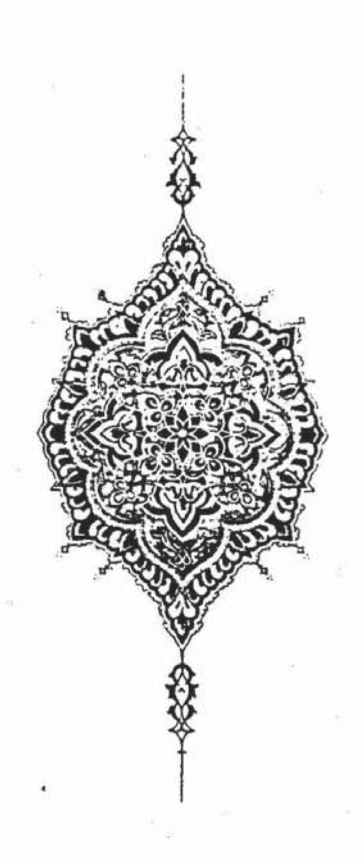
١٧ ـ تواردت أقوال الفقهاء على أن خيار التعيين يسقط بما يسقط به خيار الشرط . (٢)

وسيأتي بيان ما يسقط به خيار الشرط في مصطلح : (خيار الشرط) .

انتقال خيار التعيين :

١٨ ـ خيار التعيين ينتقل بالموت إلى وارث صاحب الخيار فيقوم مقامه في تعيين ما يختاره من محل الخيار، والعلة في ذلك أن لمورثه مالا ثابتا ضمن الأشياء التي هي محل الخيار فوجب على الوارث أن يعين ما يختاره ويرد ما ليس له إلى مالكه .

ويكون أداء الثمن من التركة إن لم يكن قد أدى حال الحياة ، ذلك أنه انتقل إليه ملك المورث ولم يكن متميزا بل مختلطا بملك غيره وهو البائع مثلا ، فثبت له الخيار لتعيين ملكه وإفرازه عن ملك غيره . (١)



(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ٢١ ، فتح القدير ٥/ ١٣١ ، جامع الفصولين ١/ ٢٤٥

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٥٦ ، نقلا عن الفتاوى الظهيرية ، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٦١

(١) جامع الفصولين ١/ ٢٤٥ ، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٥ ، البدائع ٥/ ٢٦٢

خيار تفرق الصفقة

التعريف :

١ ـ الصفقة في اللغة : اسم المرة من الصفق وهو الضرب باليد على يد أخرى أو على يد آخر عند البيع أو البيعة . وكانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحد المتبايعين يده على يد صاحبه ، فمن هنا استعملت الصفقة بمعنى عقد البيع نفسه ، يقال : بارك الله لك في صفقة يمينك ، ومنه قول عمر رضي الله عنه : البيع صفقة أو خيار ، أي بيع باتّ أو بيع بخيار . هذا عن الصفقة ، أما التفريق فلا يحتاج إلى التفسير اللغوي لأن معناه ـ أو معانيه ـ كلها مستعملة مفهومة ويهمنا منها المعنى الناشىء عن اضافة لفظ (تفريق) إلى (الصفقة) وهو متحد مع المعنى الشرعي لهذا المركب الإضافي .[1]

ومعنى تفريق الصفقة في الاصطلاح أن لا يتناول حكم العقد جميع المعقود عليه ، أو يتناوله ثم ينحسر عنه . فتكون الصفقة الواحدة المجتمعة قد تفرقت أو تبعّضت أو تجزأت وبكل هذه المترادفات يعبر الفقهاء فيسمونه (تفرق الصفقة) أو (تبعيضها) أو (تجزؤها) .

(١) المصباح المنير، والمغرب للمطرزي، والقاموس، والمعجم الوسيط، مادة : «صفق» .

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ تعدد الصفقة :

٢ ـ التفريق لا يتصور إلا في صفقة واحدة ، وتمييز الصفقة عن الصفقتين يستبهم أحيانا لا سيما في حال الجمع بين سلعتين أو أكثر في عقد واحد ، إذ ليس التعويل على الصورة الظاهرة ، بل على حقيقة التعدد بالاعتبار الشرعي ، وقد اعتنى الشافعية ببيان ضابط اتحاد الصفقة أو تعددها [1]

فالصفقةِ تتعدد بتفصيل الثمن على شيئين بِيعَا معا ، عند الإيجاب من المبتدىء بالعقد ، ولا يشترط أن يتكرر التفصيل في القبول ، على الأصح ، وكذلك تتعدد الصفقة بتعدد العاقد مطلقا ، بائعا كان أو مشتريا ، ومثال تعددها بتعدد البائع قول اثنين لواحد : بعناك هذا بكذا ـ والمبيع مشترك بينهما ـ فقبل المشتري فيهما ، فهما صفقتان ، وله رد نصيب أحدهما بالعيب مثلا . ومثال تعددها بتعدد المشتري أن يقول لاثنين : بعتكما هذا بكذا . أو يقول اثنان

(١) الاتحاد في الشيء ، الانفراد ، والاتحاد في الشيئين : الاجتماع ليصيرا شيئا واحدا .

لواحد: اشترينا منك هذا بكذا.[(١)]

فالتفريق المستوجب خيارا هوما يقع في صفقة واحدة أي في صفقة لم يتعدد عاقدها من بائع أومشتر، ولا فصّل فيها الثمن على المعقود عليه المتعدد.

ب ـ البيعتان في بيعة :

٣ ـ المراد بالبيعتين في بيعة :هو جمع بيعتين في عقد واحد، وتسمية ذلك العقد بيعتين باعتبار تعدد الثمن. وقد اختلف العلماء في صورتها وبيان أحكامها على أقوال تنظر في مصطلح : (بيعتان في بيعة).

تقسيم وأحكام موجزة :

٤ ـ تعرّض فقهاء الحنفية لتفرق الصفقة توصلا لحالة هلاك بعض المبيع فحسب ، حين عدّدوا الخيارات، فلم يفردوه باسم الخيار بل قرنوا التفرق بتلك الحالة.[(٢)] ثم استعرضوا أحكام تفرق الصفقة في رد المعيب باستقصاء دون أن يجعلوا منه خيارا، بل رأوه عيبا يلزم عن رد بعض المبيع المعيب ويجب حماية البائع من تحمله.[(٣)]

(١) تحفة المحتاج بحاشية الشرواني ٤/ ٣٣٠ ـ ٣٣١ ومغني المحتاج ٢/ ٤٢ والوجيز ٢/ ١٤٠ والمجموع شرح المهذب ٩/ ٤٣٢

(٢) رد المحتار ٤/ ٤٦ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٠٨، والبحر الرائق ٦/ ٣

(٣) الفتاوى الهندية ٣/ ٨٣

ولكن الحنفية اختلفوا بحالة الاستحقاق وتناولوا أحكامه في كتاب البيوع.

وقد قسم بعض فقهاء الشافعية تعدد الصفقة إلى ثلاثة أقسام : في الابتداء، أوفي الدوام، أوفي اختلاف الأحكام. والذي في الابتداء كله ذو سبب شرعي، وعكسه الذي في الدوام فسببه حسي. والتقسيم بحسب السبب أليق لقيام الخيارات بطريقين، إرادي وحكمي ولكثرة تسمية الخيارات بأسبابها. أما القسم الثالث الذي دعوه «الاختلاف في الأحكام» ومثلوا له بالجمع بين عقدين : بيع وإجارة، أو إجارة وسلم، فالواقع أنه ليس قسما برأسه بل هو تقسيم داخلي للتفريق في الابتداء. ولذا لم يبرزه ابن حجر كقسم ثالث بل أورده بصورة مسائل، ولم يدرك (الشرواني) مراده فنبه في حاشيته على أنه ثالث الأقسام.[(١)]

ذكر الحنابلة صورا ثلاثا للصفقة بالنظر إلى وحدة مشتملاتها وتعددها ولا صلة لتفرق الصفقة بالصورة الأولى، التي هي بيع معلوم ومجهول، أما الصورتان الأخريان فهما:

١ ـ بيع الجميع فيما يملك بعضه.

٢ ـ بيع المتقوم مع غير متقوم.

وهاتان الصورتان أحكامهما واحدة من حيث

(١) مغني المحتاج ٢/ ٤٢، تحفة المحتاج وحاشية الشرواني ٤/ ٣٣٠، المجموع ٩/ ٤٣٢

ثبوت الخيار للمشتري، ولذا لوحظ أحيانا جمعهما تحت عنوان واحد عند غير الحنابلة، يعبر عنه أحيانا:

(باشتمال الصفقة على شيئين مما لا ينقسم الثمن عليهما بالإجزاء).

والمثالان المهمان هما:

أ - بيع ملكه وملك غيره.

ب - بيع خل وخمر، ونحوهما.

أما ما لا يصح العقد عليه فهو باطل أو موقوف على إجازة المالك، وأما الباقي ففيه روايتان لدى الحنابلة وقولان للشافعي، واختلف الشافعية كم يلزم المشتري من الثمن إن أجاز العقد، أصحهما حصة المملوك فقط إذا وزع القيمتين وأثبتوا له الخيار إن صححوا العقد. وقال أبو حنيفة ومالك بالصحة في ملكه، والتوقف في الباقي على الإجازة.[1] قال ابن قدامة: «والقول بالفساد في هذا القسم إن شاء الله أظهر. والحكم في الرهن والهبة وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز وما لا يجوز كالحكم في البيع، إلا أن الظاهر فيها الصحة، لأنها ليست عقود معاوضة، فلا توجد جهالة العوض فيها».[2]

(١) المغني ٤/ ٢١٢، مطالب أولي النهى ٣/ ٤٥، منتهى الإرادات ١/ ٣٤٧، المهذب والمجموع ٩/ ٤٢٥

(٢) المغني ٤/ ٢١٣، المجموع ٩/ ٣٨٣ قال النووي «فإن=

ثم ذكر أنه على القول بالصحة، إذا كان المشتري عالما بالحال فلا خيار له، وإن لم يعلم فله الخيار بين الفسخ والإمساك. وليس للبائع خيار لأنه رضي بزوال ملكه عما يجوز بيعه بقسطه.

وجه انتفاء الخيار في حال العلم أن المشتري دخل على بصيرة، أما في حال الجهل فالسبب للخيار قائم «لأن الصفقة تبعضت عليه».[1]

ثم الخيار بين الرد، أو الإمساك بلا أرش، إلا إذا كان التفريق ينقص القسم الباقي من الصفقة بأن تقل قيمته بالبيع منفردا كمصراعي باب وزوجي خف.[2]

وأحيانا أخرى باشتمال الصفقة على شيئين مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء، كدابة مشتركة، وفيه عند الحنابلة وجهان: أحدهما الصحة في ملكه فقط بقسطه من الثمن والفساد فيما لا يملكه، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك وقول للشافعي. والثاني - وهو قول آخر للشافعي - عدم الصحة فيهما. قال ابن قدامة: والأولى أنه يصح فيما يملكه.[3]

ومستند فساد الصفقة كلها: أنها جمعت

= قلنا: الواجب الثمن فلا خيار للبائع لأنه لا ضرر عليه، فإن قلنا بالقسط فوجهان أصحهما لا خيار له».

(١) المغني ٤/ ٢١٤، المجموع ٩/ ٤٣٠ ط٢

(٢) منتهى الإرادات ١/ ٣٤٧، ومطالب أولي النهى ٣/ ٤٥

(٣) المهذب للشيرازي والمجموع ٩/ ٤٢٥ والمغني ٤/ ٢١٢ ومطالب أولي النهى ٣/ ٤٥

حلالا وحراما فغلب التحريم، لأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل.

ومستند الصحة في الجزء: أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفردا فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه، ولأن جائز العقد عليه منهما قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه فصح، والبيع سبب اقتضى الحكم في محلين وامتنع حكمه في أحدهما فيصح في الآخر. (١)

موجَب خيارات تفريق الصفقة:

٥ ـ ينحصر استعمال الخيار في الإجازة والفسخ، فينظر اختياره، فإن اختار الفسخ فلا إشكال في استرداده الثمن كله، أما إذا اختار إمضاء العقد في الباقي فكم يدفع؟ هل كل الثمن ـ وفيه قول للشافعية ـ بناء على إلحاق الطارىء بالمقارن. أم يلزمه قسط الباقي من الثمن ـ وهو القول الثاني للشافعية والأصح عندهم ـ لأن العوض هنا قد قابل المبيعين (أو جملة المبيع الواحد) مقابلة صحيحة حال العقد وانقسم العوض عليهما فلا يتغير بهلاك بعضه أو استحقاقه. (٢)

وينشأ تفرق الصفقة المستوجب خياراً ـ في

(١) المغني ٤/ ٢١٢ ـ ٢١٣

(٢) المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٨٦ ـ ٣٨٧، المغني ٤/ ٣٣١

كثير من الأحيان ـ عن خيار العيب، عندما يؤْثر المشتري أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن. لكن الشارع يمنع ذلك تفاديا لتفرق الصفقة.

وقد فصّل الكاساني الحالات التي ينشأ عن الرد للمعيب فيها تفريق الصفقة، وبيّن أن حكمها جميعها المنع باستثناء حالة واحدة هي ما لو كان المبيع أشياء حقيقة وتقديرا فله أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن عند الحنفية إلا زفر. (١)

٦ ـ ولتفريق الصفقة صور مختلفة، لكن طابع الخيارات يبرز في صورتين، هما: صورة الاستحقاق الجزئي للمعقود عليه (وفي حكمه: انفساخ العقد في أحد شيئين قبل القبض).

وصورة الهلاك الجزئي للمعقود عليه، (ومن صوره انقطاع بعض المسلم فيه عند محل الأجل).

أولا: خيار الاستحقاق الجزئي:

٧ ـ الاستحقاق (في عقد البيع) هو ظهور كون المبيع حقا واجبا للغير، وهو استحقاق كلي أو جزئي.

فالاستحقاق الكلي (وهو الذي يتعلق بالمبيع كله) يجعل العقد موقوفا على إجازة المستحق،

(١) البدائع ٥/ ٢٨٧ وبداية المجتهد ٢/ ١٧٨ ـ ١٧٩

ولا ينفسخ العقد بظهور الاستحقاق ولا بالقضاء به، بل يظل موقوفا إلى أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن، بحيث لو أجاز المستحق بعدما قضي له، أو بعدما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح، على ما حققه ابن الهمام.[١]

أما الاستحقاق الجزئي فهو ما يقع على بعض المبيع، سواء ظهر الاستحقاق بعد القبض، أو قبله، أو بعد قبض بعضه، ولا فرق في كون المستحق هو الجزء المقبوض أو غيره.

ذهب الحنفية إلى أن الاستحقاق الجزئي إما أن يظهر قبل القبض، وإما بعده: فإذا استحق بعض المعقود عليه قبل القبض - والمراد قبض الكل، فلا عبرة بقبض بعض المبيع فهو كما لو لم يقبض - فحكم ذلك البعض المستحق أنه موقوف، فإذا لم يجز المستحق فللمشتري الرجوع على البائع بثمنه، وحينئذ يبطل العقد في ذلك البعض، أما الباقي فللمشتري فيه الخيار: إن شاء رضي به بحصته من الثمن. وإن شاء رده، سواء كان استحقاق ما استحق يوجب العيب في الباقي أو لا يوجب.

والوجه في بطلان العقد في بعض السلعة المستحقة: التبين من أن ذلك القدر لم يكن ملك البائع، ولما لم توجد الإجازة من المالك - وتلاه استرجاع المشتري للثمن - انفسخ العقد في ذلك البعض.

أما ثبوت الخيار في الباقي فلتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام، وتمام الصفقة بعد الرضا بالقبض - وهو لم يحصل - فكان ظهور الاستحقاق قبل القبض مفرقا للصفقة قبل تمامها فله خيار الرد.[١]

وإذا ظهر الاستحقاق الجزئي بعد القبض، كان حكم الجزء المستحق مماثلا لما سبق، وأما الباقي فيفترق حكمه بحسب كون المبيع يتعيب بالاستحقاق أو لا.

فإن كان المبيع من القيميات، وكان شيئا واحدا حقيقة وتقديرا، كالدار والكرم والثوب ونحوها، أو كان شيئين من حيث الصورة وهو واحد من حيث المعنى، كمصراعي الباب ونحوه، فإن استحقاق البعض يقتضي الخيار في الباقي، لأن الاستحقاق أوجب عيبا في الباقي، هو عيب الشركة في الأعيان.

أما إن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالدارين أو الثوبين، أو كان من المكيلات أو الموزونات، كصبرة قمح، أو جملة وزنيّ فإن

---

(١) أحكام الاستحقاق (الكلي) يرجع إلى فتح القدير والعناية ٥/ ٣٠٤، ٣٠٥ ورد المحتار ٥/ ١٩٠ - ٢٠٨ (ط٢ الحلبي).

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٨، فتح القدير ٥/ ١٧٦ - ١٧٧، رد المحتار ٤/ ٩٠، المبسوط ١٣/ ١٠٢، العناية شرح الهداية ٥/ ١٧٦ - ١٧٧

استحقاق البعض لا يوجب للمشتري خيارا بل يلزمه أخذ الباقي بحصته من الثمن، لأنه لا ضرر في التبعيض. وهناك رواية عن أبي حنيفة بأن له الرد، دفعا لضرر مؤونة القسمة. (١)

أما عند الشافعية، فقد ذكر ابن حجر صورتها في قوله: «إنسان اشترى من آخر أرضا مشتملة على نخل، ثم تقايلا، ثم ادعى البائع بطلان الإقالة، وحكم له الحاكم الشرعي بذلك بشرطه، ثم بعد ذلك ظهر أن من الأرض المذكورة مغرس نخلة من النخل المذكور مملوكا لغير البائع حين البيع.

فهل يتخير المشتري حينئذ بها، وإذا قلتم نعم، فهل يمنع خياره بملك البائع المغرس المذكور وإعطائها له، أو إعطاء مستحقها إياها للمشتري، أو لا؟» وذهب إلى أن المشتري يتخير بذلك، لتفريق الصفقة عليه.

ولو أراد مالك المغرس (غير البائع) هبته للمشتري لا يسقط بذلك خياره. وهو ظاهر، أما الخفي فهو ما إذا ملك البائع ذلك المغرس، ولما علم ثبوت الخيار للمشتري وهبه له ـ أو أعرض عنه ـ فهذا يتردد فيه النظر. وعلى هذا دلالات من نصوص الفقهاء. (٢)

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٩، فتح القدير ٥/ ١٧٦

(٢) الفتاوى الكبرى ٢/ ٢٤٢ ـ ٢٤٦

ثانيا: خيار الهلاك الجزئي:

٨ ـ في الهلاك الجزئي للمعقود عليه، قبل القبض يثبت للمشتري الخيار بين الإمضاء والرد، لتفرق الصفقة عليه.

وهذا أمر مشترك بين حالات الهلاك المتنوعة بالنظر إلى السبب، ثم تختلف كيفية الإمضاء (بعد استبعاد حالة هلاكه بفعل أجنبي حيث يستوي حكمها وحكم الهلاك الكلي من التخيير بين الإمضاء وتضمين المتعدي أو الفسخ والتخلية بين الأجنبي والبائع) والتفاوت في الحكم ذو حالتين: الهلاك بفعل البائع، وفيها يسقط من الثمن قدر النقص، سواء كان نقص قدر، أو نقصان وصف. والهلاك بسبب سماوي، أو بفعل المعقود عليه حيث يتصور منه ذلك. فمع ثبوت الخيار، يطرح من الثمن حصة الفائت إن كان النقص في القدر. أما إن كان نقصان وصف فلا يسقط شيء من الثمن «والمراد بالوصف ما يدخل تحت البيع بلا ذكر كالأشجار والبناء في الأرض، والأطراف في الحيوان، والجودة في الكيلي والوزني». (١)

أما الشافعية فقد نصوا على أنه إذا تلف أحد الشيئين المعقود عليهما صفقة واحدة، قبل القبض، يفسخ العقد في التالف بلا خلاف. أما في الباقي فلهم فيه طريقان: أحدهما أنه

(١) رد المحتار ٤/ ٤٦، بدائع الصنائع ٥/ ٢٣٩

على الخلاف فيمن باع ملكه وملك غيره، لأن ما يحدث قبل القبض كالموجود في حال العقد في إبطال العقد، وأصحهما القطع بأنه لا ينفسخ لعدم علّتي الفساد هناك.

فإذا قيل بعدم انفساخ العقد فللمشتري الخيار في الفسخ في الباقي، لتفرق الصفقة عليه، والأصح أنه لا يلزمه إلا قسط الباقي، لأن العوض هنا قابل المبيعين مقابلة صحيحة حال العقد وانقسم العوض عليهما فلا يتغير بهلاك بعضه.

هذا إذا كان المقبوض باقيا في يد المشتري، فإن تلف في يده ثم تلف الآخر في يد البائع ففي الانفساخ في المقبوض خلاف مرتب على الصورة السابقة، وأولى بعدم الانفساخ لتلفه في ضمان المشتري. وإذا قيل بعدم الانفساخ، فهل له الفسخ؟ فيه وجهان: أحدهما نعم، ويرد قيمته ويسترد الثمن إن كان سلمه، وأصحهما لا، بل عليه حصته من الثمن.

وقد علل الشافعية حجب الخيار عن البائع بأنه لم يلحقه نقص فيما يخص ملكه.

ومما له حكم تلف بعض الصفقة، ما لو انقطع بعض المسلم فيه عند المحل، وكان الباقي مقبوضا أو غير مقبوض، قال النووي: «فإذا قلنا: لو انقطع الجميع لم ينفسخ العقد كان المسلم بالخيار: إن شاء فسخ العقد في الجميع وإن شاء أجازه في الجميع. وهل له الفسخ في القدر المنقطع والإجازة في الباقي؟ فيه قولان.[1]

خيار التفليس

انظر: إفلاس

خيار تلقي الركبان

انظر: بيع منهي عنه

خيار التولية

انظر: تولية

---

(١) المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٨٣، ٣٨٦ - ٣٨٧

خيار الرؤية

التعريف :

١ ـ سبق تعريف الخيار لغة في مصطلح : «خيار» بوجه عام .

أما لفظ (الرؤية) من المركب الإضافي (خيار الرؤية) فهو مصدر لفعل رأى يرى ومعناه لغة : النظر بالعين وبالقلب . (١)

أما خيار الرؤية اصطلاحا : فهو حق يثبت به للمتملك الفسخ ، أو الإمضاء عند رؤية محل العقد المعين الذي عقد عليه ولم يره ، والإضافة في خيار الرؤية من إضافة السبب إلى المسبب أي خيار سببه الرؤية . (٢)

وخيار الرؤية يثبت بحكم الشرع نظرا للعاقد الذي أقدم على شراء ما لم يره ، فربما لا يكون موافقا له ، فقد أباح له الشارع ممارسة حق الخيار بين فسخه أو الاستمرار فيه ، وهكذا لا يحتاج خيار الرؤية إلى اشتراط عند جمهور

(١) المصباح المنير ، والمغرب ، والقاموس المحيط مادة : «رأى» .

(٢) رد المحتار ٤/ ٢٢ ، فتح القدير ٥/ ١٣٧ ، البحر الرائق ١٨/٦

القائلين به ، إلا المالكية فهو عندهم خيار إرادي يشترط في بيع الغائب أحيانا تصحيحا له .

وخيار الرؤية ـ بالرغم من سلكه في عداد خيارات الجهالة ـ هو من الخيارات التي يراد بها إتاحة المجال للعاقد ليتروى وينظر هل المبيع صالح لحاجته أم لا؟

خيار الرؤية والمذاهب فيه :

٢ ـ القول بخيار الرؤية إيجابا أو نفيا مرتبط كل الارتباط ببيع الشيء الغائب صحة وفسادا .

ومن الضروري التعجيل ببيان المراد بالغيبة في قولهم (العين الغائبة) فالمراد خصوص غيبتها عن البصر بحيث لم تجر رؤيتها عند العقد . سواء أكانت غائبة أيضا عن مجلس العقد أو حاضرة فيه لكنها مستورة عن عين العاقد ، فهي تسمى غائبة في كلتا الحالين ، ويستوي في غيابها عن المجلس أن تكون في البلد نفسه أو في بلد آخر من حيث مفهوم الغيبة وإن اختلف الحكم أحيانا .

فالغائب هنا هو غير المرئي ، إما لعدم حضوره ، وإما لانتفاء رؤيته بالرغم من حضوره ، فليس كل حاضر مرئيا ، فقد يكون حاضرا غير مرئي . (١)

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٧ وتفريعات غير المالكية واستعمالاتهم تدل عليه أيضا ، والمحلى ٨/ ٣٤١

مشروعية بيع الغائب :

٣ ـ بيع الغائب مع الوصف صحيح عند الجمهور في الجملة وينظر التفصيل في مصطلح : (بيع) ف٤٣ و٤٤ (ج٩ /٢٣)

مشروعية خيار الرؤية :

٤ ـ اختلف الفقهاء في مشروعية خيار الرؤية على ثلاثة أقوال :

١ ـ إثبات خيار الرؤية ، بحكم الشرع ـ دون حاجة إلى اتفاق الإرادتين عليه ـ وتمكين العاقد بموجبه من الفسخ أو الإمضاء على سبيل التروي ، ولو كان ما اشتراه موافقا لما وصف له عند العقد. وهذا ما ذهب إليه الحنفية .

٢ ـ القول بخيار رؤية يشترطه المشتري في بيع ما لم يره ليصح عقده ، وهو لا يثبت بحكم الشرع بل هو إرادي محض يجب على العاقد اشتراطه في بعض صور بيع الغائب وبدونه يفسد العقد ، وهذا تحقيق ما ذهب إليه المالكية .

٣ ـ نفي خيار الرؤية مطلقا ، وهو القول الجديد المعتبر في مذهب الشافعية ، وأشهر الروايتين في مذهب أحمد .

أدلة الحنفية ومن معهم :

٥ ـ احتج الحنفية بقوله تعالى : ﴿أحل الله البيع﴾ .[1] وهذا على عمومه ، فيشمل بيع العين الغائبة ، ولا يخرج منه إلا بيع منعه كتاب أو سنة أو إجماع .

(١) سورة البقرة/ ٢٧٥

وبقوله ﷺ : «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه» .[1]

وقد جاء من رواية مكحول مرسلا بلفظه وزيادة : «إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه» .[2]

ومن الآثار المروية عن الصحابة ما أخرجه الطحاوي عن علقمة بن وقاص الليثي أن طلحة بن عبيد الله اشترى من عثمان بن عفان مالا ، فقيل لعثمان : إنك قد غبنت ـ وكان المال بالكوفة لم يره عثمان حين ملكه ـ فقال عثمان : لي الخيار لأني بعت ما لم أر. فقال طلحة : لي الخيار، لأني اشتريت ما لم أر، فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان .[3]

(١) حديث : «من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار إذا رآه. . .» أخرجه الدارقطني (٣/ ٥ ـ ط دار المحاسن) من حديث أبي هريرة ، وقال الدارقطني : «هذا باطل لا يصح» ، وذلك لراوٍ متهم بالوضع في سنده ، وأعله ابن القطان بعلة أخرى ، وهي جهالة الراوي عن ذاك المتهم ، كذا في نصب الراية للزيلعي (٤/ ٩ ـ ط المجلس العلمي بالهند) .

(٢) رواية مكحول ، أخرجها الدارقطني (٣/ ٤ ـ ط دار المحاسن) وقال : «هذا مرسل ، وأبو بكر بن أبي مريم (الراوي عن مكحول) ضعيف» .

(٣) معاني الآثار ، للطحاوي ٤/ ١٠ ، وقد أورده استطرادا في (تلقي الجلب) ولم يبوب لخيار الرؤية . ونصب الراية ٤/ ١٠ وقال : أخرجه الطحاوي ثم البيهقي ، وكذلك في فتح الباري ٥/ ٥٢٤ والمجموع ٩/ ٣١٦

واستدلوا به من المعقول:

بالقياس على النكاح، فإنه لا يشترط رؤية الزوجين بالإجماع، والقياس على بيع مَاله صوان كالرمان والجوز.[(١)]

دليل المانعين :

٦ ـ ودليل من لم يقل بخيار الرؤية أن بيع الغائب أصلا لا يصح كما سبق. وأما المالكية فخيار الرؤية عندهم هو أشبه بخيار الشرط، لأنه يجب على العاقد اشتراطه ليصح بيع الغائب.

سبب ثبوت الخيار :

٧ ـ إن سبب ثبوت هذا الخيار هو عدم الرؤية، كما يدل على ذلك الحديث، واسمه، وتعريفه، وقال آخرون: إن سببه هو الرؤية نفسها، فالإضافة إلى الرؤية هي من إضافة الشيء إلى سببه (ويصح أن تكون من إضافة الشيء إلى شرطه كما ذهب إليه بعض المصنفين).[(٢)] ولا ينبني على هذا الاختلاف كبير فائدة.

المراد بالرؤية :

٨ ـ المراد بالرؤية في هذا المجال: العلم بالمقصود الأصلي من محل العقد، سواء أكان ذلك العلم يحصل بالرؤية البصرية أو بأي حاسة من الحواس، كاللمس، والجسّ، أو الذوق، أو الشم، أو السمع. فهو في كل شيء بحسبه.[(١)]

وفي رؤية ما سبيل العلم به الرؤية لا يشترط رؤية جميعه، بل يكفي رؤية ما يدل على العلم بالمقصود، ويختلف ذلك بين كون المحل شيئا واحدا، أو أشياء لا تتفاوت آحادها كالمثليات.

ففي الشيء الواحد يعتبر رؤية ما يدل على العلم بالمقصود، وله أمثلة كثيرة في كتب الفقه.[(٢)]

الرؤية في المثليات :

٩ ـ المحل المعقود عليه إما مثلي وإما قيمي، وتختلف الرؤية المعتبرة ـ أو الاطلاع والعلم ـ في أحدهما عن الآخر.

والمراد بالمثلي هنا ما كان معينا من المثليات، لأنه بمنزلة الأعيان، أما إذا كان موصوفا في الذمة فهو دين ولا يجري في العقد عليه خيار الرؤية لأنه مختص بالأعيان.[(٣)]

---

(١) المجموع ٩/ ٣٣١

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٧

---

(١) رد المحتار ٤/ ٦٨ وإنما مثلوا له بالدفوف التي تنقر في الغزو حثا على الإقدام، ليكون المثل مما لا خلاف في إباحة التبايع فيه.

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٦٢ الفصل الثاني فيما تكون رؤية بعضه كرؤية الكل في إبطال الخيار. وفتح القدير والعناية شرح الهداية ٥/ ١٤٢

(٣) المبسوط ١٣/ ٧٢، والهداية وفتح القدير، والعناية ٥/ ١٤٢، والهندية ٣/ ٦٤، والبدائع للكاساني ٥/ ٢٩٤

الرؤية في القيميات :

١٠ ـ القيميات أو الأشياء غير المثلية ويطلق عليها : العدديات المتفاوتة ، كالدواب ، والأراضي ، والثياب المتفاوتة ، ونحو ذلك ، لابد فيها من رؤية ما يدل على المقصود من الشيء الواحد ، أو رؤية ذلك من كل واحد منها إذا كان المبيع أكثر من واحد من تلك الأشياء المتفاوتة ، كعدة دواب مثلا ، لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي للتفاوت في آحاده .(١)

صور خاصة من الرؤية :

أ ـ الرؤية من خلف زجاج : لا تكفي عند أبي حنيفة حتى يرى ما فيه أو ما خلفه دون حائل ، وعن محمد أنه يكفي ، لأن الزجاج لا يخفي صورة المرئي ، وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة .(٢)

ب ـ الرؤية لما هو في الماء : كسمك (يمكن أخذه من غير اصطياد) قال بعضهم : يسقط خياره ، لأنه رأى عين المبيع ، وقال بعضهم : لا يسقط ، وهو الصحيح ، لأن المبيع لا يرى في الماء على حاله بل يرى أكبر مما هو ، فهذه الرؤية لا تعرف المبيع .(٣)

(١) فتح القدير والعناية ٥/ ١٤٢ ـ ١٤٣

(٢) فتح القدير ٥/ ١٤٤ ، والفتاوى الهندية ٣/ ٦٣ نقلا عن الخلاصة .

(٣) فتح القدير ٥/ ١٤٤ ، والفتاوى الهندية ٣/ ٦٣ نقلا عنه وعن السراج الوهاج .

ج ـ الرؤية بوساطة المرآة : قالوا : لا يسقط خياره ، لأنه ما رأى عينه بل مثاله .(١)

د ـ الرؤية من وراء ستر رقيق : تعتبر رؤية ، على ما في فتاوى قاضيخان .(٢)

هـ ـ الرؤية في ضوء يستر لون الشيء : كرؤية ورق أبيض أو قماش ، في ضوء يستر معرفة بياضه كضوء النار ، ليلا أو نهارا ، لا تعتبر رؤية مسقطة لقيام الخيار .(٣)

و ـ الرؤية بالنسبة للأعمى : لا يثور التساؤل فيه إلا فيما سبيل معرفته الرؤية بالبصر ، أما ما يعرف بالذوق ، أو الشم ، أو الجسّ ، فهو في ذلك كالبصير ، أما ما لابد من رؤيته كالدار ونحوها والنموذج في المثليات فيغني عن الرؤية الوصف بأبلغ ما يمكن ، فإذا قال : قد رضيت ، سقط خياره ، لأن الوصف يقام مقام الرؤية أحيانا ، كالسلم ، والمقصود رفع الغبن عنه ، وذلك يحصل بالوصف وإن كان بالرؤية أتم .(٤)

(١) فتح القدير ٥/ ١٤٤ ، ورد المحتار ٤/ ٦٨ كلاهما عن التحفة : وهو في الهندية ٣/ ٦٣ نقلا عن السراج . وعلى هذا يجري الحكم في رؤية صورة الشيء الفوتوغرافية ، لأنه أشبه شيء بالمرآة فضلا عن احتمال التغير ما بين رؤية الصورة ورؤية الحقيقة .

(٢) الهندية ٣/ ٦٣

(٣) نهاية المحتاج ٣/ ٤١٦

(٤) فتح القدير ٥/ ١٤٧ ، والمبسوط ١٣/ ٧٧ والبدائع ٥/ ٢٩٨ ، والكلام عن الرؤية بالنسبة للأعمى شامل للرؤية التي توجد قبل الشراء ، أو قبل القبض فتمنع =

دور العرف في تحديد الرؤية الجزئية الكافية :

١١ - تناول الفقهاء بالبيان المسهب بعض تلك الأشياء القيمية (المتفاوتة الآحاد) وخاصة ما تكثر الحاجة إلى تداوله، فذكروا ما تكفي رؤيته من كل منها لاعتبار الخيار حاصلا عقب تلك الرؤية المقتضبة، فيعتبر حينئذ الرضا والفسخ بعدها. والخلاف في الرؤية الكافية المثبتة للخيار قد نشأ بناء على العرف المكاني أو الزماني، وذلك يتيح المجال لوسم جميع ما ذكروه بهذا الميسم، أي أنه تصوير للعرف في مكان أو زمان معين، وأنه لا ضير في الانعتاق عن تلك القيود إذا كان العرف قد تغير، أما فيما كانت العلة في الاجتزاء برؤية بعضه مستمدة من العقل أو الوضع اللغوي، فذلك باق لبقاء عوامل اعتباره.[١]

شرائط قيام خيار الرؤية :

أ - كون المحل المعقود عليه عينا :

١٢ - المراد بالعين ما ينعقد العقد على عينه، لا على مثله، وهو مقابل الدين (بمعنى ما يعين بالوصف ويثبت في الذمة). قال ابن الهمام : لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار رؤية، لأن العقد ينعقد على مثلها لا على عينها. حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم، لصاحب الدينار أن يدفع غيره، وكذا لصاحب الدراهم. بخلاف الأواني والحلي.

والوجه فيه أن المعقود عليه إذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا ينفسخ العقد برده، لأنه إذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد، وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله، فإذا قبض يرده هكذا إلى ما لا نهاية له، فلم يكن الرد مفيدا، لأن العقد إنما يرد على المملوك بالعقد، وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وإنما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ.[١]

وكذلك لا حاجة لخيار الرؤية في غير الأعيان لأن المقصود من البيع تحقيق الرضا، ورضاه في بيع الدين موكول بالوصف، فإذا تحقق الوصف حصل الرضا وانتفى ما يقتضي ثبوت الخيار.[٢]

فيشترط لثبوت خيار الرؤية أن يكون محل العقد (المبيع مثلا) من الأعيان (أي الأموال العينية) وهي ما تتعين بالتعيين ولا يحق لدافعها تبديلها.[٣]

= قيام الخيار وهو في ذلك كالبصير، ومثل الأعمى فاقد شيء من الحواس الأخرى (البدائع ٥/ ٢٩٢).

(١) انظر الهداية، وشرحها العناية ٥/ ١٤٣، وفتح القدير ٥/ ١٤٣، والفتاوى الهندية ٣/ ٦٢

(١) فتح القدير ٥/ ٣٦٧ و١٣٩، ورد المحتار ٤/ ٦٣، والعناية ٥/ ١٤٠

(٢) فتح القدير ٥/ ٣٦٧

(٣) فتح القدير ٥/ ٣٦٧، البدائع ٥/ ٣٩٢

ومثال الأعيان: الأراضي والدواب وكل ما لم يكن من المثليات.

أما المثليات فبعضها أعيان وبعضها ديون، بحسب تعيين العاقد لها، فإذا عقد على مكيل أو موزون معين بالإشارة أو أية وسيلة تجعل العقد ينصب عليها دون أمثالها فهي حينئذ عين، ويثبت فيها خيار الرؤية، أما إذا قال: بعتك كذا من الحنطة، وبين أوصافها، فهي قد ثبتت في الذمة ولم تقع على معين، بالرغم من كونها عنده لكنه لم يعينها للعقد. وعلى هذا قال قاضيخان في فتاويه: «المكيل والموزون إذا كان عينا فهو بمنزلة سائر الأعيان، وكذا التبر من الذهب والفضة والأواني، ولا يثبت خيار الرؤية فيما ملك دينا في الذمة كالسلم (أي المسلم فيه)، والدراهم والدنانير عينا كان أو دينا، والمكيل والموزون إذا لم يكن معينا فهو بمنزلة الدراهم والدنانير». (١)

قال ابن الهمام: ومنه ـ أي الأعيان ـ بيع إناء من فضة أو ذهب لأنه ليس من الأثمان الخالصة. وكذا رأس مال السلم إذا كان عينا يثبت فيه خيار الرؤية للمسلم إليه، أما الدراهم والدنانير فقد تمحضت ديونا فهي لا تقبل التعيين. (٢)

ب ـ كون المعقود عليه في عقد يقبل الفسخ: أي ينفسخ بالرد:

١٣ ـ وذلك كالبيع، فإذا رد المبيع انفسخ العقد، وكالإجارة ـ إذا رد العين المأجورة ـ والصلح عن دعوى المال برد المال المصالح عنه، والقسمة برد النصيب، فإن هذه العقود تنفسخ برد محلها فيثبت فيها خيار الرؤية، أما مثل المهر في عقد النكاح، أو البدل في الخلع، وبدل الصلح في عقد الصلح عن دم العمد ونحوها، فإن تلك العقود المشتملة عليها لا تنفسخ برد هذه الأموال بالرغم من أنها أعيان.

ذلك أن الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما، وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة. فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا. إذ كلما آلت إليه عين بديلة ثبت فيها خيار رؤية وردّ وهكذا، فلابد من أن يكون العقد مما ينفسخ بالرد ليكون لثبوت خيار الرؤية فيه جدوى. (١)

ج ـ عدم الرؤية عند العقد، أو قبله، مع عدم التغير:

١٤ ـ سبب ثبوت الخيار أن الرؤية السابقة تمنع ثبوت الخيار إذا توفر فيها أمران، أحدهما: عدم التغير، فبالتغير يصير شيئا آخر فيكون مشتريا شيئا لم يره.

(١) فتاوى قاضيخان، بهامش الهندية ٢/ ١٨٧

(٢) فتح القدير ٥/ ٨٣ و١٣٩، ورد المحتار ٤/ ٢٢ و٦٣

(١) فتح القدير ٥/ ١٤٠، وعنه رد المحتار ٤/ ٦٣

والأمـر الثـاني : لابـد أن يكـون عالمـا وقت العقـد أن ما يعقـد عليه هومرئيه السابق، فلولم يعلم به كأن رأى ثوبـا ثم اشـتراه ملفـوفـا بساتر وهو لا يعلم أنه ذلك الذي رآه فله الخيار. لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا.

وسـواء في الـرؤيـة أن تكـون للمعقـود عليه كله، أو لنموذج منه، أو الجزء الدال على الكل.

واشـترط بعضهم في الـرؤيـة السـابقـة أن تحصل مع قصد الشراء حينئذ، فلورآه لا لقصد الشـراء ثم اشـتراه يثبت له الخيـار عند هؤلاء.

وهـذا القيـد جاء في الفتـاوى الظهـيرية وجامع الفصـولـين مصـدرا بلفـظ «قيل» - وهي صيغة تمريض - لكن ابن نجيم في البحـر قال عقبـه: «ووجهـه ظاهـر، لأنه لا يتأمل التأمل المفيد» ثم قال الحصكفي صاحب الـدر المختـار: «ولقـوة مدركـه عولنـا عليـه» غير أن ذلك لم يرق للخير الـرملي والمقدسي، كما ذكر ابن عابدين، بحجة أنه خلاف الظاهر من الرواية، وأنه مناف لإطلاقاتهم. [١]

واعتبـار عدم رؤيـة المعقـود عليه شرطا لقيام الخيـار، هوما جرى عليه الكاساني - وهوشديد الوضوح في ظاهره - لكن للكمال بن الهمام عبارة توهم خلافـه وهي قولـه في تحليـل لفـظ: (خيار الـرؤية): الإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطـه، لأن الـرؤيـة شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية. فهو قد اعتـبر الـرؤية شرطا، وعند الكاساني الشرط عكسه: عدم الرؤية. [١]

د - رؤية المعقود عليه، أو ما هو بمنزلتها بعد العقد:

١٥ - أشـار ابن الهمام إلى أن الرؤية شرط ثبوت الخيار كما رأينا، ومن لم ينص على ذلك في عداد الشـروط اكتفى بالبيـان الصريح بأن وقت ثبوته هو وقت الـرؤيـة. [٢] قال ابن عابـدين: الرؤية بعد الشراء شرط ثبوت الخيار. [٣]

من يثبت له الخيار:

١٦ - هناك اتجاهات للفقهاء فيمن يثبت له الخيار.

الاتجـاه الأول: أنـه للمشتري فقط، وليس للبـائـع خيار الرؤية فيما باعه ولم يره، كمن ورث شيئـا من الأعيان في بلد بعيد فباعه قبل رؤيته،

(١) فتح القدير ٤/ ٥٤٤، ورد المحتار ٤/ ٦٩، البدائع ٥/ ٢٩٢

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٧، ورد المحتار ٤/ ٦٣، والبدائع ٥/ ٢٩٢

(٢) كالكـاسـاني فقـد قصـر الشـرائـط على اثنتين: هما الأولى والثـانيـة، ثم استغنى عن الثـالثة بالتبويب لها بعنوان (بيان وقت ثبوت الخيار) البدائع ٥/ ٢٩٥

(٣) رد المحتار ٤/ ٦٣ و٦٦، وفتح القدير ٥/ ١٣٧.

وهو ما استقر عليه مذهب الحنفية، وهذا آخر القولين عن أبي حنيفة، فقد كان يقول أولا بثبوته للبائع أيضا ثم رجع وقال: العقد في حق البائع لازم، والخيار للمشتري فقط. واستدلوا بنص الحديث المثبت لخيار الرؤية، وقالوا: إن عدم الخيار ولزوم العقد هو الأصل.

وفي بيع المقايضة يثبت خيار الرؤية للطرفين، لأن كليهما يعتبر مشتريا.[1]

الاتجاه الثاني: يثبت خيار الرؤية للبائع أيضا، وهو القول المرجوع عنه لأبي حنيفة، والقول القديم للشافعي، ورواية مرجوحة عن أحمد، وذلك على افتراض الأخذ بالخيار عند الشافعية والحنابلة، وقد صححوا عدم الأخذ به.[2]

العقود التي يثبت فيها خيار الرؤية:

١٧ - يثبت خيار الرؤية في عقد البيع، والمراد به هنا الشراء، لأن الخيار يثبت فيه للمشتري وحده دون البائع والعقد من وجهته شراء.

أما في (عقد السلم) فإذا كان رأس مال السلم عينا يثبت خيار الرؤية فيه للمسلم إليه.

ولا يثبت في رأس مال السلم إن كان دينا كما لا يثبت في المسلم فيه بتاتا، لأن شرطه الأساسي أن يكون من الديون.

ولا مدخل لخيار الرؤية في الصرف عند الحنفية لأنه بيع دين بدين.[1]

ويثبت خيار الرؤية في الاستصناع للمستصنع المشتري، ولو أتى به الصانع على الصفة المشروطة، لأنه غير لازم في حقه ولا يثبت للصانع إذا أراه المستصنع ورضي به في ظاهر الرواية، وروي عن أبي حنيفة الخيار لهما، وروي عن أبي يوسف لزومه في حقهما.[2]

أما الصانع فليس له خيار الرؤية في ظاهر الرواية.

وكذلك في عقد الإجارة لا يثبت إلا في إجارة الأعيان، كإجارة دار بعينها، أو سيارة بذاتها، إذا كان المستأجر قد عقد الإجارة دون أن يرى المأجور.

وفي عقد القسمة يثبت في قسمة غير المثليات، أي في نوعين فقط من الأنواع الثلاثة للمال المقسوم، هما قسمة الأجناس المختلفة جزما، وقسمة القيميات المتحدة الجنس كالثياب من نوع واحد، أو البقر والغنم، أما في قسمة المثليات المتحدة الجنس كالمكيلات

---

(١) البدائع ٥/ ٢٩٢، المبسوط ١٣/ ٧١، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٨، وفتح القدير ٥/ ١٤٠

(٢) فتح القدير ٥/ ١٤٠، والمجموع ٩/ ٣٢٢، والمغني ٣/ ٤٩٦ م٢٧٧٣

(١) البدائع ٥/ ٢٠٩ - ٢١٠، والبحر الرائق ٦/ ٢٦ - ٢٨، جامع الفصولين ١/ ٣٣٤

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٩ و٥٣٣، البدائع ٥/ ٢١٠، ٢٩٢، ورد المحتار ٤/ ٦٣، ٩٣

والموزونات، فلا يثبت خيار الرؤية فيها، لأنها مما لا تتعين بالتعيين.

وهذا إذا كان أحد المقتسمين لم ير نصيبه عند القسمة.

وفي عقد الصلح على ما سبق.

وقت ثبوت الخيار :

١٨ ـ وقت ثبوت خيار الرؤية هو وقت الرؤية، لا قبلها. ولذا لو أمضى العقد قبل رؤية المعقود عليه ورضي به صريحا بأن قال: أجزت أو رضيت أو ما يجرى هذا المجرى، ثم رآه كان له أن يرده بخيار الرؤية. لأن النص أثبت الخيار بعد الرؤية فلو ثبت له حق الإجازة قبلها وأجاز لم يثبت له الخيار بعدها، وهذا خلاف النص، ولأن المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف. والرضا بالشيء قبل العلم به وبوجود سببه محال، فكان ملحقا بالعدم.[1]

ولهذا لم يصح إسقاط الخيار قبل الرؤية أو التنازل عنه بقوله: رضيت المبيع أو أمضيت العقد، لأنه لا يصح إسقاط الخيار قبل ثبوته بالرؤية، وإسقاط الشيء فرع لثبوته، فلا يمكن الإسقاط قبل الثبوت. فلو أسقط المشتري خياره قبل الرؤية لم يسقط، وظل له حق ممارسته عند الرؤية. قال السرخسي: إن في الرضا قبل الرؤية هنا إبطال حكم ثبت بالنص وهو الخيار للمشتري عند الرؤية.[1]

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٩، البدائع ٥/ ٢٩٦، المعاملات الشرعية للشيخ أحمد إبراهيم ص١١٠، ومختصر المعاملات الشرعية للشيخ علي الخفيف ص١٥٢

إمكان الفسخ قبل الرؤية :

١٩ ـ قول الحنفية بإمكان الفسخ قبل الرؤية ليس بناء على الخيار ـ لعدم ثبوته قبل الرؤية ـ بل لما في العقد من صفة عدم اللزوم للجهالة المصاحبة له عند العقد، حيث اشتراه دون أن يراه، فهو كالعقود الأخرى غير اللازمة، ففسخه ممكن لهذا السبب، ثم إذا رآه ثبت له خيار الرؤية، فكان سببا آخر للفسخ ولا مانع من اجتماع الأسباب على مسبب واحد.

أمد خيار الرؤية :

٢٠ ـ للفقهاء في بيان مدى الزمن الصالح للرضا أو الفسخ بعد الرؤية اتجاهان:

الأول: على التراخي، فليس لخيار الرؤية مدى محدود، بل هو مطلق غير مؤقت بمدة. فهو يبدأ بالرؤية ويبقى إلى أن يوجد ما يبطله ـ ولو في جميع العمر ـ ولا يتوقت بإمكان الفسخ. وهذا هو اختيار الكرخي من مشايخ الحنفية،

(١) فتح القدير والعناية ٥/ ١٣٩، المبسوط ١٣/ ٧١، البدائع ٥/ ٢٩٧

ويلحظ أن ابن الهمام حقق وجود الخلاف في صحة الفسخ قبل الرؤية، وأنه لا رواية فيه عن الإمام، والخلاف من مشايخ الحنفية.

وهو الأصح والمختار كما قال ابن الهمام وابن نجيم وغيرهما.

وذلـك لأن النص مطلق، ولأن سبب خيـار الرؤية اختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه.

الثاني: على الفـور، فهو موقت بإمكان الفسخ بعد الرؤية، حتى أنه لو رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقـط خيـاره بذلـك ولزم العقد، وإن لم يوجـد منـه تصريح بالرضا أو مسقط آخر للخيار حيث يعتبر ذلـك دلالة على الرضا. وهذا قول لبعض فقهاء الحنفية.[1]

أثر الخيار في حكم العقد قبل الرؤية:

٢١ - حكم العقد قبل الرؤية حكم العقد الذي لا خيار فيه، وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع للحـال، وثبـوت الملك للبائع في الثمن للحال، لأن ركـن الـعقـد في البيـع، أو الإجـارة، أو القسمـة، أو الصلح صدر مطلقـا عن شرطـه. وكـان ينبغي أن يلزم العقـد لولا أنـه ثبت الخيار (شـرعـا) احتيـاطـا للمشـتري، بخـلاف خيار الشرط، لأن الخيار ثمة ثبت بإرادة العاقدين فأثر في ركن العقـد بالمنـع من الانعقاد في حق الحكم تحقيقا لرغبة العاقد في تعليق العقد.[2]

هذا على القول بصحة الفسخ قبل الرؤية، فالعقـد غير لازم عنـد هؤلاء، أمـا من منـع الفسخ فهو يرى أن العقد بات، فلا يلحقه فسخ ولا إجـازة إلى أن تحصـل الرؤية، وقد مال ابن الهمام إلى هذا.[1]

أثر الخيار على حكم العقد بعد الرؤية:

٢٢ - منذ قيام خيار الرؤية (بتحقق شرطه، وهو الـرؤيـة) يغـدو العقد غير لازم بالاتفاق، ولكن لا يترتب عليه أي أثر في حكم العقد، فلا يمنع انتقـال الملك في البـدلـين، لأن سبب العقد قد وجـد خاليـا من تعليق حكم العقـد، فيظل أثره كاملا كانتقال الملك وغيره.

وقـد خالف في هذا المـالكية، فذهبوا إلى أن الملك مع خيـار الـرؤيـة لا ينتقـل لعدم استقرار العقـد باحتـمال الفسخ، والملك إنما هو في العقد المستقـر. ولا يخفى أن استقـرار العقـد لا يعوق ترتـب الحكم، وإنـما ينشأ عنـه تمكن صاحب الخيار من رفع العقد بالفسخ.[2]

سقوط الخيار:

٢٣ - يسقـط خيـار الرؤية بالأمور التالية، سواء حصلت قبل الرؤية أو بعدها:

أ - التصرفات في المبيع بما يوجب حقا للغير، كما

---

(١) البـدائـع ٥/ ٢٩٥، والفتح ٥/ ١٣٩، ورد المحتـار ٤/ ٦٥، والهندية ٣/ ٥٨ منقولا عن البحر.

(٢) البدائع ٥/ ٢٩٢

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٩

(٢) فتـح القـديـر ٥/ ١٣٩، البـدائع ٥/ ٢٩٢، المجموع ٩/ ٢٩٩، الخرشي ٥/ ٣٤

لو باع الشيء الذي اشتراه ولم يره لشخص آخر بيعا لا خيار فيه، أو رهنه، أو آجره، أو وهبه مع التسليم، لأن هذه التصرفات لا تكون إلا مع الملك، وملك صاحب الخيار ثابت فيها، فصادفت المحل ونفذت، وبعد نفوذها لا تقبل الفسخ والرفع، فبطل الخيار ضرورة، كما أن إبطالها فيه ضياع لحقوق الغير التي ترتبت لهم بهذه التصرفات، ففسخ البيع أولى من إبطال حقوقهم. [١]

ويستثنى من ذلك ما لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع، أو المساومة بقصد العرض على البيع، أو الهبة من غير تسليم، لأن ذلك لا يربو على صريح الرضا، وهو لا يبطله قبل الرؤية. ثم إن التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد إلى ملكه برد قضائي، أو بفك الرهن، أو فسخ الإجارة قبل الرؤية ثم رآه فله الخيار. [٢]

ب ـ تغير المبيع بغير فعله :

حصول التغير إما بطروء الزيادة عليه مطلقا (المنفصلة أو المتصلة، المتولدة أو غيرها) على أن تكون مانعة للرد، وإما بالنقص والتعيب ـ في قول أبي حنيفة ـ والنقص المراد هنا هو ما يحصل بآفة سماوية، أو بفعل أجنبي، أو بفعل البائع على التفصيل المذكور في خياري الشرط والعيب، كما ذكر الكاساني. [١]

ج ـ تعيب المبيع في يد المشتري :

لأنه بالتعيب لا يمكن إرجاع المبيع إلى البائع كما استلمه المشتري، والفسخ يكون بالحالة التي كان عليها المبيع عند العقد وقد استلمه سليما فلا يرده معيبا، ولذا يسقط الخيار.

د ـ إجازة أحد الشريكين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه، وذلك عند أبي حنيفة، حذرا من تفريق الصفقة على البائع، كما مر في خيار العيب.

هـ ـ الموت : واعتباره مسقطا موضع خلاف. وسيأتي تفصيله. [٢]

حكم صريح الإسقاط في خيار الرؤية :

ذكر الكاساني أن الأصل أن كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية، إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط، وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الإسقاط لا قبل

---

(١) البدائع ٥/ ٢٩٥، فتح القدير ٥/ ١٤١، ١٤٩، رد المحتار ٤/ ٧٢

(٢) فتح القدير ٥/ ٢٤٢

(١) البدائع ٥/ ٢٩٦

(٢) فتح القدير ٥/ ١٥٩، والعناية شرح الهداية ٥/ ١٥٩، ١٦٠، والبدائع ٥/ ٢٩٦

الـرؤيـة ولا بعدها، لأن خيار الرؤية ثبت شرعا حقـا لله تعـالى فلا يسقـط بإسقاط العبد، وأما خيار الشرط والعيب فقد ثبتا بالاشتراط حقيقة، أودلالـة، ومـا ثبت حقـا للعبـد يحتمل السقوط بإسقاطه مقصودا، لأن الإنسان يملك التصرف في حق نفسـه مقصودا، استيفاء وإسقاطا، فأما ما ثبت حقـا لله فالعبـد لا يملك التصـرف فيـه إسقاطا مقصودا، لأنه لا يملك التصرف في حق غيره مقصـودا، لكنـه يحتمـل السقـوط بطـريق الضرورة، بأن يتصرف في حق نفسه، ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع، فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه.[١]

انتهاء الخيار :

٢٤ ـ ينتهي الخيـار بإجـازة العقـد إجازة قولية أو فعليـة، والإجـازة القـوليـة هي الـرضا بالعقد، صراحـة أوبما يجري مجراها. أما الإجازة الفعلية فتكـون بطريق الدلالة، بأن يوجد من المشتري تصـرف يدل على الـرضـا. أمـا الفسـخ فمنـه اختياري، ومنه ضروري دون إرادة العاقد.

انتهاؤه بالإجازة :

الإجازة الصريحة أو بما يجري مجراها :

٢٥ ـ تتم الإجـازة الصريحة بالتعبيرعن الرضا، وهـو بكل عبارة تفيد إمضاء العقد، أو اختياره، مثل: أجزته، أو رضيته، أو اخترته. وفي معنى الرضا الصريح ما شابهه وجرى مجراه سواء أعلم البـائـع بالإجـازة أم لا، لأن الأصـل في البيـع المطلق اللزوم.[١]

الإجازة بطريق الدلالة :

٢٦ ـ هي أن يوجد من المشتري تصرف في المبيع بعـد الـرؤيـة يدل على الـرضـا، ومن هذه التصرفات القبض بعد الرؤية.

والتصـرف في المبيـع تصـرف الملاك بأن كان ثوبـا فقطعـه، أو أرضا فبنى عليها، لأن إقدامه على هذه التصـرفـات دليـل الـرضا، ولولا هذا التقـدير لكان متصرفا في ملك الغيروهوحرام، فجعل ذلك إجازة، صيانة له عن ارتكابه.[٢]

انتهاء الخيار بالفسخ :

٢٧ ـ الفسـخ إمـا إن يكـون اختيـاريـا، أو ضروريـا، كما ذكـر الكـاسـاني، وصورة الفسخ الاختيـاري (الذي ينتهي به الخيار تبعا) هي أن يقـول: فسخت العقـد، أونقضتـه، أورددته، وما يجري هذا المجرى.

وأمـا الفسـخ الضـروري فله صورة واحـدة

(١) البدائع ٥/ ٢٨٢ و٢٩٧ لخيار العيب، و٢٦٧ لخيار الشرط.

(١) البدائع ٥/ ٢٩٥، ٢٩٦، والهداية وفتح القدير ٥/ ١٤٥

(٢) فتح القدير ٥/ ١٤١، العناية ٥/ ١٤١، البدائع ٥/ ٢٩٦

ذكرها الكاساني، وهي أن يهلك المبيع قبل القبض، فينفسخ العقد ضرورة، وينتهي معه خيار الرؤية لذهاب المحل. [١]

شرائط الفسخ :

٢٨ ـ يشترط للفسخ ما يأتي :

أ ـ قيام الخيار، لأن الخيار إذا سقط بأحد المسقطات لزم العقد، والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ .

ب ـ أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع ، فإن رد بعض المبيع دون بعضه لم يصح . وكذا إذا رد البعض وأجاز البيع في البعض لم يجز. سواء كان قبل قبضه المعقود عليه أو بعده، لأن خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة، ففي بقاء خيار الرؤية في البعض تفريق للصفقة على البائع قبل تمامها وهو باطل. [٢]

ج ـ علم البائع بالفسخ ، عند أبي حنيفة ومحمد. وقال أبو يوسف: ليس بشرط، وقد توسع الكاساني في دلائل هذا الخلاف .

انتقال خيار الرؤية :

٢٩ ـ خيار الرؤية عند الحنفية لا ينتقل بالموت، وذلك منسجم مع كونه عندهم لمطلق التروي، لا لتحاشي الضرر أو الخلف في الوصف، وغايته أن ينظر المشتري أيصلح له أم لا ، ومع اعتبارهم إياه خيارا حكميا من جهة الثبوت فقد قالوا إنه مرتبط بالإرادة من حيث الاستعمال. [١]

خيار الرجوع

انظر: بيع



---

(١) البدائع ٥/ ٢٩٨ ، فتح القدير ٥/ ١٤١

(٢) البدائع ٥/ ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، فتح القدير ٥/ ١٤٠ ، الفتاوى الهندية ٣/ ٦٠ نقلا عن البحر، المبسوط ١٣/ ٧٤

(١) البدائع ٥/ ٢٩٦ ، وبالتوسع أيضا في خيار الشرط ٥/ ٢٦٨

خيار الشرط

التعريف :

١ - الخيار في اللغة : اسم مصدر من الاختيار، ومعناه طلب خير الأمرين، أو الأمور. (١)

أما (الشرط) - بسكون الراء - فمعناه اللغوي : إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، وبفتحها : العلامة، والجمع أشراط، والاشتراط : العلامة يجعلها الناس بينهم. (٢)

٢ - أما في الاصطلاح فقد قال ابن عابدين : «إن خيار الشرط مركب إضافي صار علما في اصطلاح الفقهاء على : ما يثبت (بالاشتراط) لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ . . .» (٣)

وقد عرّفه من المالكية (ابن عرفة) - بملاحظة الكلام عن (بيع الخيار) - بقوله : (بيع وقف بتّه أولا على إمضاء يتوقع).

واحترز بعبارة وقف بتّه عن بيع البت، وهو ما ليس فيه خيار.

كما ذكروا أن قيد (أولا) لإخراج خيار العيب ونحوه (خيارات النقيصة) لأن أمثال هذا الخيار لم تتوقف أولا، بل آل أمرها إلى الخيار، أي لأن التخيير فيها يثبت فيما بعد، حين ظهور العيب. (١)

٣ - ولخيار الشرط أسماء أخرى دعاه بها بعض المصنفين، منها :

أ - الخيار الشرطي (بالوصفية لا بالإضافة) والسبب في هذه التسمية ظاهر، والغرض من وصفه بالشرطي تمييزه عن الخيار (الحكمي) الذي يثبت بحكم الشرع دون الحاجة إلى اشتراط، كخيار العيب.

وهذه التسمية متداولة كثيرا عند المالكية. (٢)

ب - خيار التروّي، لأنه شرع للتروي وهو النظر والتفكر في الأمر والتبصر فيه قبل إبرامه. وهذه التسمية يستعملها الشافعية أكثر من غيرهم. (٣)

ج - بيع الخيار، وهذا الاسم واقع على العقد

---

(١) لسان العرب مادة : «خير»، والمصباح أيضا.

(٢) معجم مقاييس اللغة ٣/ ٢٦٠، لسان العرب مادة : «شرط».

(٣) رد المحتار ٤/ ٤٧

(١) حدود ابن عرفة، شرح ابن سودة على تحفة ابن عاصم ١/ ٣٥، وشرح الخرشي لمختصر خليل ٤/ ١٩

(٢) حاشية الدسوقي ٣/ ٩١

(٣) نهاية المحتاج ٤/ ٣

الـذي اقـترن بخيار الشرط، ويعبر به أصحاب المذاهب كلهم وبخاصة المالكية. [1]

مشروعيته :

٤ ـ ذهب جمهـور الفقهـاء إلى الأخـذ بخيـار الشرط واعتباره مشروعا لا ينافي العقد.

واستدلوا بالسنة والإجماع .

فأمـا السنة : فاستدلوا بما رواه الدارقطني عن محمـد بن إسحـاق، قال: أخبرنـا نافـع، أن عبدالله بن عمر حدثه أن رجلا من الأنصار كان بلسـانـه لوثـة، وكـان لا يزال يغبن في البيـوع، فأتى رسـول الله ﷺ فذكـر ذلك له، فقال: «إذا بعت فقل: لا خلابة، مرتين».

وقـال محمـد بن إسحـاق: وحدثني محمد بن يحيى بن حبـان قال: هوجدي منقذ بن عمرو، وكـان رجـلا قد أصـابته آمّة في رأسه، فكسرت لسـانـه ونـازعتـه عقله، وكـان لا يدع التجـارة ولا يزال يغـبن، فأتى رسـول الله ﷺ فذكـر له ذلـك، فقـال: «إذا بعت فقـل: لا خلابة، ثم أنت في كل سلعـة تبتـاعهـا بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسـك، وإن سخطت فارددهـا على صاحبهـا». وقـد كان عمّـر طويلا، عاش ثلاثين ومائة سنة، وكان في زمن عثمان بن عفان رضي الله عنـه حين فشـا الناس وكثروا، يتبايع البيـع في السـوق ويـرجـع به إلى أهله وقد غبن غبنـا قبيحـا، فيلومـونـه ويقـولـون: لم تبتـاع؟ فيقـول: أنـا بالخيـار إن رضيت أخـذت، وإن سخطت رددت، قد كان رسـول الله ﷺ جعلني بالخيـار ثلاثـا، فيرد السلعـة على صاحبهـا من الغـد وبعـد الغـد فيقـول: والله لا أقبلهـا، قد أخذت سلعتي وأعطيتني دراهم، قال يقول: إن رسول الله ﷺ قد جعلني بالخيار ثلاثا. فكان يمر الـرجـل من أصحـاب رسـول الله ﷺ فيقـول للتاجر: ويحك إنه قد صدق، إن رسول الله ﷺ قد كان جعله بالخيار ثلاثا. [1]

واحتـج بعضهم بإحـدى روايـات حديث «المتبـايعـان كل منهـما بالخيـار على صاحبه ما لم يتفـرقـا» التي فيهـا قولـه عليه الصلاة والسلام: «إلا بيع الخيار» وفي رواية: «إلا صفقة خيـار». [2] فحمـل هؤلاء ذلـك الاستثناء على حالـة اشـتراط الخيار، وقالوا في معناه: هوخيار كل من المتعـاقـدين في الإقـدام على العقد، أو

---

(١) بداية المجتهد ٢/ ١٧٤

(١) حديـث: ابن عمـر: «إذا بعت فقـل لا خلابـة...». أخرجه الدارقطني (٣/ ٥٦ ـ ط دار المحاسن) هكذا مطولا وإسنـاده حسن. وأخـرج البخـاري (الفتح ٤/ ٣٣٧ ـ ط السلفية) ذكر أمر النبي ﷺ للرجل أن يقول: لا خلابة.

(٢) «المتبـايعـان بالخيار» أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٣٢٨ ـ ط السلفية) من حديث عبدالله بن عمر، وفي روايته: «إلا بيع الخيار» ومسلم (٣/ ١١٦٣ ـ ط الحلبي). وأخرجه الترمذي (٣/ ٥٤١ ـ ط الحلبي) من حديث عبـدالله بن عمـرو، وفي روايته «إلا أن تكون صفقة خيار».

الإحجام عنه قبل التفرق، فيمكن أن يمتد فيكون له الخيار أطول من تلك الفترة إذا كان البيع مشترطا فيه خيار. (١)

وأما الإجماع: فاستدل به لخيار الشرط كثيرون، قال النووي: «وقد نقلوا فيه الإجماع» وقال في موضع آخر: «وهو جائز بالإجماع». لكنه أشار في موضع ثالث إلى أن صحته المجمع عليها هي فيما «إذا كانت مدته معلومة».

وقال ابن الهمام: «وشرط الخيار مجمع عليه». (٢)

صيغة الخيار:

٥ ـ لا يتطلب ثبوت الخيار التعبير بصيغة معينة، فكما يحصل بلفظ اشتراط (الخيار) يحصل بكل لفظ يدل على ذلك المراد، مثل لفظ (الرضا) أو (المشيئة) بل يثبت ولو لم يتضمن الكلام لفظ الخيار أو ما هو بمعناه، فيما إذا ورد عند التعاقد أو بعده ما هو كناية عن الخيار، كما يؤخذ من الفتاوى الهندية حيث جاء فيها: «إذا باع من آخر ثوبا بعشرة دراهم، ثم إن البائع قال للمشتري: لي عليك الثوب أو عشرة دراهم (وقبل المشتري بذلك) قال محمد: هذا عندنا خيار، كذا في المحيط». وذكر ابن نجيم نقلا عن المعراج أنه لو قال البائع: خذه وانظر إليه اليوم فإن رضيته أخذته بكذا، فهو خيار. ونقل عن الذخيرة مثل هذا الاعتبار فيما لو قال: هو بيع لك إن شئت اليوم.

ومن ذلك اشتراط الخيار في الثمن، أو المبيع بدلا عن اشتراطه في العقد، فيكون بمثابة اشتراطه فيه، فقد نصوا على أنه لو قال المشتري على أني بالخيار في الثمن أو في المبيع فهو كقوله: على أني بالخيار (في العقد).

ومن ذلك: التواطؤ على ألفاظ أو تعابير بأنها يتولد عنها الخيار، سواء كان ارتباط هذه التعابير بنشوء الخيار منبعثا عن الاستعمال الشرعي مباشرة أو العرف. فمما اعتبر من الألفاظ المتواطأ على أنها يراد بها الخيار، تبعا للاستعمال الشرعي، عبارة «لا خلابة» شريطة علم العاقدين بمعناها. (١)

قال النووي: اشتهر في الشرع أن قوله: «لا خلابة» عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثة أيام، فإذا أطلق المتعاقدان هذه اللفظة، وهما عالمان بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط، وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار قطعا، فإن علمه البائع دون المشتري فوجهان مشهوران، حكاهما

---

(١) الفواكه الدواني ٢/ ١٢٤ والدرر البهية للشوكاني وشرح صديق حسن خان ٢/ ١٢٢

(٢) فتح القدير شرح الهداية ٥/ ١١١، والمجموع شرح المهذب، للنووي ٩/ ١٩٠ و٢٢٥

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩، ٤٠

المتـولي وابن القطـان وآخـرون (أصحهـما) لا يثبت، (والـوجـه الثـاني) يثبت، وهـذا شاذ ضعـيـف، بل غلط، لأن معظـم النـاس لا يعرفون ذلك والمشتري غير عارف به. [١]

ومن ذلـك العقـد مع شرط الاستئمار خلال وقت محدد، كما لو قال: بعتـك على أن أستأمر فلانـا، وحـدد لذلـك وقتـا معلومـا، فهـو خيار صحيح لدى الحنابلة. وقالوا: إن له الفسخ قبل أن يستأمـره «لأنـا جعلنـا ذلك كناية عن الخيار» واخـتـلف الشـافعيـة في جواز الفسـخ قبـل الاستئمار، والأصح عندهم أنه ليس له ذلك قبل أن يستأمره. [٢]

هذا إذا ضبـط شرط الاستئمار بمدة معلومة، أما إذا لم يضبط، فالشافعية يرون في الأصح أنه غير سائـغ. أمـا الحنابلة فحكمه عندهم حكم الخيـار المجهول، لا يصح على الراجح. [٣]

وذهب المـالكيـة إلى أن العـادة تقـوم مقـام التصريح بالخيار. قال الزرقاني من المالكية: «لو جرت العـادة باشـتراطه (أي خيار الشرط) كان خيـارا، لأنهـا ـ أي العادة ـ كالشرط صراحة». فإذا تعـارف النـاس على ثبـوت الخيـار في بيـع سلعة من السلع ثبت الخيار فيها بلا شرط. [١]

ومن المقـرر أن الأخـرس تقـوم إشـارته مقام الصيغـة، فإن لم تفهم إشـارتـه أو جن أو أغمي عليه، قام وليه من أب أو وصي أو حاكم مقامه. [٢]

شرائط قيام الخيار:

٦ ـ لا يقـوم خيـار الشـرط بمجـرد حدوث الاشتراط في العقد، بل لا بد من وجود الشرائط الشرعيـة له، فإذا اكتملت تلك الشـرائط غدا خيـار الشـرط قائـما مرعي الاعتبـار، وإذا اختل شيء منها اعتبر العقد لازما بالرغم من اشتراط الخيـار في العقـد. غير أن تلك الشـرائط ليست موضـع اتفاق بين المذاهب، فهي متفاوتة العدد بين مذهب وآخر، وفيما يأتي بيانها:

أولا: شريطة المقارنة للعقد:

٧ ـ المـراد من المقـارنـة للعقد أن يحصل اشتراط الخيار مع انعقاد العقد أو لاحقا به، لا أن يسبق الاشـتراط العقد. فلا يصح اشتراط الخيار قبل إجـراء العقد، إذ الخيار كالصفة للعقد فلا يذكر قبـل المـوصـوف. وبيـان الصـورة المحترز منها

(١) البحر الرائق ٦/ ٦، والمجموع شرح المهذب ٩/ ١٩٢

(٢) المغني لابن قدامـة ٣/ ٥٢٦ والشـرح الكبير على المقنع ٤/ ١٠٢ والمجموع شرح المهذب ٩/ ٢١٠ و٢١٢ ـ ٢١٣

(٣) المغني ٥/ ٥٢٦ والمجموع ٩/ ٢١٣

(١) حاشيـة العـراقي على ابن سودة شرح منظـومـة الأحكـام ١/ ٣٥ والمـدخـل إلى الفقـه الإسـلامي للدكتـور مصطفى شلبي ٤٧١

(٢) المغني ٣/ ٥٠٧

ما جاء في الفتاوى الهندية[١] عن العتابية أنه «لو قال: جعلتك بالخيار في البيع الذي نعقده، ثم اشتراه مطلقا لم يثبت الخيار في البيع عند أبي حنيفة».

ويعتبر بمنزلة المقارنة للعقد ما لو ألحق اشتراط الخيار بالعقد بعدئذ، بتراضي المتعاقدين، فذلك في حكم حصوله في أثناء العقد أو بمجلس العقد عند الملتزمين بمجلس العقد. [٢]

ذهب إلى تلك التسوية بين المقارنة واللحاق الحنفية. ومن مستندهم القياس لهذا على ما في النكاح من جواز الاتفاق بعد العقد على ما يتصل به، كالزيادة في المهر أو الحط منه، ودليل هذا الحكم المقيس عليه قول الله عز وجل: ﴿ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة﴾. [٣] قال ابن الهمام: [٤] يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع، لو قال أحدهما بعد البيع ولو بأيام: جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صحّ بالإجماع - أي إجماع أئمة الحنفية - ثم ذكر أن إلحاق الخيار بعد العقد جار مجرى إدخاله في العقد تماما من حيث نوع الخيار المشروط ومدته وبقية أحكامه. [٥]

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٤٠، والمجموع للنووي ٩/ ١٩٤
(٢) رد المحتار ٤/ ٥٤٤، المادة ٣٩ من مجلة الأحكام العدلية.
(٣) سورة النساء/ ٢٤
(٤) فتح القدير ٥/ ٤٩٨
(٥) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩ نقلا عن المحيط، أيضا.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يلحق خيار الشرط بالعقد بعده، بل لابد من وقوعه في صلب العقد، أو في مجلسه. واستدل ابن قدامة لمذهب الحنابلة المانع من تأخر الخيار عن العقد بأن العقد بعد انتهاء المجلس أصبح لازما، فلم يصر جائزا بقول المتعاقدين. [١] وذكر ابن تيمية أن من أصول الشافعي وأحمد أن إلحاق الزيادة (في الأجرة) والشروط بالعقود اللازمة لا يصح.

وبين هذين الاتجاهين مذهب ثالث اشترك مع المذهب الأول في النتيجة واختلف عنه في تحديد طبيعة هذا التصرف، فقد أجاز المالكية إلحاق الخيار بالعقد بعد أن وقع على النيات، سواء كان إلحاقه من أحدهما أو من كليهما، فيصح الاشتراط اللاحق، ويلزم من التزمه بعد صدور العقد خاليا منه، لكنه - وهذا هو الفارق عن المذهب الأول - بمثابة بيع مؤتنف، بمنزلة بيع المشتري لها من غير البائع.. صار فيه المشتري بائعا.. كما ذكر المالكية أنه لو جعل البائع الخيار للمشتريَ، بناء على المذهب من أن اللاحق للعقود ليس كالواقع فيها، فما أصاب السلعة في أيام الخيار فهو من المشتري. وأشار خليل وشراحه إلى أن القول بجواز إلحاق الخيار إنما هو بعد انتقاد البائع الثمن، أما إلحاقه قبل انتقاده فلا يساويه في الجواز لما في الحالة

(١) المغني ٣/ ٤٩٤م ٢٧٧١.

الثـانيــة من (فسـخ دين في دين) وأصـل ابن القاسم منعه .

وقـد ذكـروا في خلال منـاقشة هذين القولين وجهـا متفقـا عليـه هو أن «جعـل الخيـار لأحـد العـاقـدين ليس عقـدا حقيقـة ، إذ المقصود منه تطـييب نفس من جعــل له الخيــار لا حقيقــة البيــع» . قال الخـرشي والدسوقي : لكن المرجح الأول وهو المعتمد، أي اقتصار الجواز على ما لو نقد الثمن، وإن كان ظاهر المدونة التسوية بينهما .[1]

ثانيا : شريطة التوقيت أو معلومية المدة :

٨ ـ ذهب جمهـور الفقهـاء إلى أنه لابد من تقييد الخيــار بمــدة معلومــة مضبـوطـة من الـزيـادة والنقصــان ، فلا يصح اشتراط خيار غير مؤقت أصلا، وهو من الشروط المفسدة عند الجمهور، وسيأتي الكلام فيه بالتفصيل.

قال الكـاســاني : والأصل فيه أن شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال، فكان شرطـا مغـيرا مقتضى العقد، وأنه مفسد للعقد في الأصـل، وهـو القيـاس، إلا أنـا عرفنا جوازه استحسـانـا (بخلاف القياس) بالنص ، فبقي ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس .[1]

والحكمـة في توقيت المـدة أن لا يكـون الخيار سببـا من أسبـاب الجهـالـة الفاحشة التي تؤدي إلى التنازع، وهو مما تتحاماه الشريعة في أحكامها .

٩ ـ وللمـدة الجـائـز ذكـرها حدان : حد أدنى ، وحد أقصى .

أما الحد الأدنى فلا توقيت له ، وليس له قدر محدود بحيث لا يقـل عنـه فيجـوز مهما قل ، لأن جواز الأكثـر يدل بالأولـويـة على جواز الأقـل ، ومن هنـا نص بعض الحنفيـة وغـيرهم على أنه يجوز «ولو لحظة» .

قال الكـاســاني : (أقـل مدة الخيـار ليس بمقـدر) . ونحـوه نصـوص غير الحنفية من غير خلاف يعرف .[2]

وأمــا الحــد الأقصى للمـدة الجـائـزة فقـد اختلفت فيـه المـذاهب اختـلافـا كثيرا، يمكن حصـره في الاتجاهات الفقهية التالية : التفويض للمتعــاقـدين مطلقـا ـ التفـويض لهما في حدود المعتاد ـ التحديد بثلاثة أيام .

---

(١) الـدسـوقي ٣/ ٩٣، ٩٤، ١٧٧ نقـلا عن المدونة بالمعنى، ونص ما في المـدونـة : بمنـزلـة بيعـك إياه بالثمن من غيره (٤/ ١٧٧)، والخرشي على خليل ٤/ ٢١

(١) جاء في المـدونـة : «أرأيت لو أني بعت ـ أو اشـتريت ـ من رجـل سلعـة ، فلقيته بعد يوم أو يومين، فجعلت له الخيار ـ أولي الخيار ـ أياما، أيلزم هذا الخيار أم لا؟ قال: نعم» ٤/ ١٧٧

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ٢١٣، والمجموع ٩/ ١٩٠

الاتجاه الأول ـ التفويض للمتعاقدين مطلقا:

١٠ ـ مقتضى هذا الاتجاه جواز اتفاق المتعاقدين في خيار الشرط على أي مدة مهما طالت ، وهو مذهب أحمد، ومحمد بن الحسن وأبي يوسف، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، والثوري، وابن المنذر، وإسحاق بن راهويه، وأبي ثور، وعبيد الله بن الحسن العنبري ، لكنه قال: لا يعجبني الطويل. (١)

فعند هؤلاء الفقهاء تجوز الزيادة عن ثلاثة أيام، لما في النصوص المثبتة للخيار من الإطلاق وعدم التفصيل، ولأن الخيار حق يعتمد الشرط من العاقد فرجع إليه في تقديره. أو يقال: هو مدة ملحقة بالعقد فتقديرها إلى المتعاقدين.

وهناك صورة نادرة تشبه ما سبق في الحد الأدنى للمدة لكنها تستحق الإشارة إليها، لما في بحثها من تقييد الخيار بأن لا ينافي العقد ويفقده غايته. تلك الصورة ما لو شرط المتعاقدان مدة طويلة خارجة عن العادة «كألف سنة، ومائة سنة» فقد استوجه صاحب غاية المنتهى أن لا يصح لإفضائه ـ على هذه الصيغة ونحوها ـ إلى المنع من التصرف في الثمن والمثمن، وهذا المنع مناف للعقد الذي جعله الشارع إرفاقا للمتعاقدين، وقد وافقه الشارح على ذلك. (١)

الاتجاه الثاني ـ التفويض للمتعاقدين في حدود المعتاد:

١١ ـ وهذا مذهب مالك وحده. فيتحدد أقصى مدة الخيار الجائزة بقدر الحاجة، نظرا لاختلاف المبيعات، فللعاقد تعيين المدة التي يشاء على أن لا يجاوز الحد المعتاد في كل نوع. (٢)

قال ابن رشد: وأما عمدة أصحاب مالك فهو أن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع، وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان إمكان اختبار المبيع، وذلك يختلف بحسب كل مبيع. (٣)

وبما أن لهذا الاتجاه الفقهي تقديرات محددة بحسب الحاجات المعقود عليها فقد جرى تصنيفها لدى المالكية إلى زمر:

---

(١) المجموع ٩/ ١٩٠، واختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ص١٦، الأصل للإمام محمد تحقيق شحاتة ص٢و٣، المبسوط ١٣/ ٤١، مختصر الطحاوي ٧٥، البحر الرائق ١/ ٥، الفتاوى الهندية ٣/ ٣٨، المقنع ٢/ ٣٥، المغني ٣/ ٤٩٨ م٢٧٧٩، مطالب أولي النهى ٣/ ٨٩، الفروع ٤/ ٨٣، منتهى الإرادات ١/ ٣٥٧

(١) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى وحاشيته ٣/ ٨٩.

(٢) الشرح الكبير على خليل وحاشية الدسوقي ٣/ ٩٥، والخرشي على خليل، وحاشية العدوي ٤/ ١٩، والحطاب على خليل، ٤/ ٤١٢، والقوانين الفقهية ص٢٦٣، ولباب اللباب لابن راشد، وبداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٢٠٩

(٣) بداية المجتهد ٢/ ٢١٠

العقار :

١٢ ـ وأقصى مدته شهر، وما ألحق به هو ستة أيام، فأقصى المدة التي يجوز مد الخيار إليها في العقار (٣٦) يوما. وهناك اليومان الملحقان بزمن الخيار وهما للتمكين من رد المبيع إذا كان حين انتهاء المدة (الشهر والأيام الستة) بيد المشتري وهو يريد الفسخ، والحكم عند المالكية أن يلزم المبيع على من هو بيده عند انتهاء المدة دون فرق بين أن يكون الخيار له أو للعاقد الآخر. فاليومان الملحقان هما لهذا الغرض (دفع اللزوم عن المشتري دون إرادته). أما زمن الخيار للعقار فهو شهر وستة أيام.

الدواب :

١٣ ـ وتختلف المدة فيها بحسب المقصود من الخيار فيها، فإن كان الخيار لمعرفة قوتها وأكلها وسعرها فأقصى مدته ثلاثة أيام. وإن كان خيار الشرط متضمنا أنها للاختبار في البلد نفسه فالمدة يوم واحد وشبهه، أما إن كان خارجه فأقصى المدة بريد[1] عند ابن القاسم، وبريدان عند أشهب. وقد ألحق بالثلاثة الأيام يوم واحد لتمكين المشتري من رد المبيع، كما سلف.[2]

بقية الأشياء :

١٤ ـ وتشمل: الثياب، والعروض، والمثليات.

(١) البريد: سير نصف يوم بالسير المعتاد.
(٢) الدسوقي ٣/ ٩٣

وأقصى المدة لها ثلاثة أيام ويلحق بها يوم. وقد أطلق الخرشي لفظ (المثليات) على كل ما عدا (الرقيق والعقار والدواب) وبالرغم من شمول المثليات للخضر والفواكه إلا أن لهذين الصنفين حكما خاصا بهما من حيث المدة نظرا لطبيعتهما الخاصة من تسارع التلف إليهما، فالخضر والفواكه بخاصة أمد الخيار فيهما بقدر الحاجة، أو بعبارة أخرى المدة التي لا تتغير فيها.[1]

الاتجاه الثالث ـ التحديد بثلاثة أيام:

١٥ ـ وهذا التحديد بثلاثة أيام بلياليها مهما كان المعقود عليه، مع المنع من مجاوزتها. وهو مذهب أبي حنيفة وصاحبه زفر، والشافعي في الوجه المشهور عنه.[2]

وقد احتج لهذا التحديد بما جاء في حديث حبّان بن منقذ السابق ذكره لإثبات الخيار فيه على ثلاثة أيام.[3]

والبيان الدقيق لمستند أبي حنيفة في تحديد الثلاثة الأيام هو ماذكره صاحبه أبو يوسف، فقد

(١) الشرح الكبير على خليل وحاشية الدسوقي عليه ٣/ ٩٣ ـ ٩٥، الخرشي على خليل بحاشية العدوي ٤/ ١٩ ـ ٢١
(٢) البدائع ٥/ ١٧٤، والبحر الرائق ٦/ ٦، ورد المحتار ٤/ ٥٦٨، والفتاوى الهندية ٣/ ٣٨، والمبسوط ١٣/ ٤١، وفتح القدير ٥/ ١١١، والمجموع ٩/ ١٩٠، ونهاية المحتاج ٤/ ١٧
(٣) الحديث تقدم تخريجه ف ٤

قال في بيان مذهب الإمام: (لا يكون الخيار فوق ثلاثة أيام، بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه كان يقول: «من اشترى شاة محفلة[1] فهو بخير النظرين ثلاثة أيام: إن شاء ردها ورد معها صاعا من تمر أو صاعا من شعير». [2] فجعل أبو حنيفة الخيار كله على قول رسول الله ﷺ. وكان ابن أبي ليلى يقول: (الخيار جائز شهرا كان أو سنة وبه نأخذ). [3] ونحوه مستند الشافعي، كما رواه البيهقي في معرفة السنن قال الشافعي: الأصل في البيع بالخيار أن يكون فاسدا، ولكن لما شرط رسول الله ﷺ في المصراة خيار ثلاث في البيع، وروي عنه أنه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلاث فيما ابتاع، انتهينا إلى ما قال ﷺ. [4]

كما احتجوا له من المعقول بأن الخيار مناف لمقتضى العقد وقد جاز للحاجة، فيقتصر على القليل منه، وآخر القلة ثلاث، واحتج بمثل ذلك النووي بعدما أشار إلى حديث حبان. [1]

(١) المراد بالمحفلة، وهي المصراة وهي الشاة التي لم تحلب أياما، ليجتمع اللبن في ضرعها للبيع ـ مختار الصحاح.

(٢) حديث: «من اشترى شاة محفلة...» أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٨ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة، بلفظ «من اشترى شاة مصراة، فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها، ورد معها صاعا من تمر».

(٣) اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، لأبي يوسف ١٦، جامع الفصولين ١/ ٣٢٩

(٤) نصب الراية ٤/ ٦ نقلا عن معرفة السنن للبيهقي، ولم يدع ابن حزم فرصة التنديد بأبي حنيفة لأنه احتج بحديث المصراة في التحديد بالثلاث ثم لم يأخذ بخيار التصرية (إحكام الأحكام ٣/ ٩٩).

الزيادة على الثلاث:

١٦ ـ إذا زادت مدة خيار الشرط على ثلاثة أيام بلياليها لدى هذا الفريق من الفقهاء القائل بالتحديد بها، فالعقد فاسد عند أبي حنيفة وزفر، وباطل عند الشافعي، ذهابا منه إلى أن إسقاط الزيادة لا يصحح العقد بعد مفارقة المجلس فقط، بل في المجلس أيضا على المشهور، لأن المجلس ثبت لعقد صحيح، لا لفاسد، لوقوعه على وجه لا يثبت دائما.

غير أن أبا حنيفة وحده ذهب إلى أن إسقاط شرط الخيار الزائد عن الثلاث ـ أو إسقاط الزيادة ـ يصحح العقد، ولو حصل ذلك الإسقاط بعد مفارقة مجلس العقد، وذلك ما لم تمض الأيام الثلاثة. وخالفه صاحبه زفر فذهب إلى أن إسقاط الزائد لا يصحح العقد لأن

(١) المجموع ٩/ ١٩٠ وقد جاء في البدائع ٥/ ١٧٤ مناقشة مبنية على خلاف أبي حنيفة وصاحبيه في جواز الزيادة على الثلاث اعتمد فيها على النص في الحديث على الثلاث. كما أطال ابن الهمام في الفتح ٥/ ٥٠٠ في الاستدلال للتحديد بالثلاث بما مداره أن الخيار شرع مقيدا بالثلاث يقصد حديث حبان وقد سبق ما فيه.

البقاء على حسب الثبوت. (١)

وذهب المالكية إلى أن من الصور المفسدة:

- اشتراط مشاورة من لا يعلم ما عنده إلا بعد فراغ المدة بأمد، كما لو اشترط الخيار في العقار لمدة أربعين يوما مع أن المدة المحددة للعقار أقصاها ثمانية وثلاثون يوما.

- اشتراط مدة زائدة على مدة تلك السلعة بكثير، أما لو بزيادة يوم أو بعضه فلا يضر. (٢)

الخيار المطلق:

١٧ - في الخيار المطلق عن المدة تتجه المذاهب إلى أربعة اتجاهات: بطلان العقد أو فساده - بطلان الشرط دون العقد - صحة العقد وتعديل الشرط - صحة العقد وبقاء الشرط بحاله.

أ - بطلان العقد أو فساده، فالبطلان هو ما ذهب إليه من الفقهاء الشافعية والحنابلة - في إحدى الروايتين - وذهب الحنفية إلى فساده ولم يفرقوا هنا بين الجهالة المتفاحشة أو المتقاربة كالحصاد

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٧٨ وفتح القدير ٥/ ٥٠٠ - ٥٠١ والمجموع شرح المهذب ٩/ ١٩٠ و١٩٤، الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩، والبدائع ٥/ ٣٠٠، والبحر الرائق ٦/ ٦، والمبسوط ١٣/ ٦٣، المحيط البرهاني مخطوط (ورقة ٧٦٥).

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٣/ ٩٤ - ٩٥، والخرشي ٤/ ٢١.

مثلا، كما ذكر الكاساني، ثم إن أبا حنيفة وصاحبيه ذهبوا إلى أن صاحب هذا الخيار المفسد لو أبطل خياره، أو بيّنه، أو سقط بسبب ما ولزم البيع في الأيام الثلاثة التالية للعقد عند الصاحبين (خلافا لأبي حنيفة المشترط حصول ذلك قبل مضي الأيام الثلاثة) انقلب العقد صحيحا عند الجميع - بل لو بعد الثلاثة عند الصاحبين - لحذف المفسد قبل اتصاله بالعقد لأنهما يجيزان الزيادة عن الثلاثة. (١)

ب - بطلان الشرط دون العقد، وهو رواية لأحمد ومذهب ابن أبي ليلى.

ج - صحة العقد وتعديل الشرط، فالخيار المطلق أو المؤبد هنا يخول القاضي تحديد المدة المألوفة في العادة لاختبار مثل السلعة التي هي محل العقد، لأن الخيار مقيد في العادة، فإذا أطلقا حمل عليه. وهذا مذهب مالك. (٢)

وقد اختار ابن تيمية أن العاقدين إن أطلقا الخيار ولم يوقتاه بمدة توجّه أن يثبت ثلاثا، لخبر حبان بن منقذ. (٣)

د - صحة العقد وبقاء الشرط بحاله: فيبقى الخيار مطلقا أبدا كما نشأ حتى يصدر

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٧٤ و١٧٨، والفتاوى الهندية ٣/ ٣٨ - ٣٩، والمجموع ٩/ ١٩١، والمغني لابن قدامة ٣/ ٥٢٧، والمقنع ٢/ ٣٥

(٢) المقدمات ٢/ ٥٦٠

(٣) الاختيارات، لعلاء الدين البعلي ص٧٤

ما يسقطه. وهذا مذهب ابن شبرمة، وقول لأحمد.[١]

تأبيد الخيار :

١٨ ـ من الشروط المفسدة: شرط خيار مؤبد في البيع بأن قال (أبدا) أو (أياما).[٢]

التوقيت بوقت مجهول :

١٩ ـ من الشروط المفسدة: شرط خيار مؤقت بوقت مجهول سواء كانت جهالة متفاحشة، كهبوب الرياح، ومجيء المطر، وقدوم فلان، وموت فلان، ووضع الحامل ونحوه. أو جهالة متقاربة، كالحصاد والدياس، وقدوم الحاج.[٣]

ثالثا ـ شريطة الاتصال، والموالاة

٢٠ ـ المراد بالاتصال أن تبدأ مدة الخيار من فور إبرام العقد، أي لا يتصور أن تتراخى عنه، فلو شرط المتعاقدان الخيار ثلاثة أيام مثلا من آخر الشهر، أو تبدأ من الغد، أو تبدأ متى شاء.. أو

(١) المغني ٣/ ٥٢٧، والمقنع ٢/ ٣٥

(٢) البدائع ٥/ ١٧٤ و١٥٧، الفتاوى الهندية ٣/ ٣٨، البحر الرائق ٦/ ٥

(٣) البدائع ٥/ ١٧٤، الخرشي على خليل ٤/ ٢١ وقال: يستمر العقد لو أسقط الشرط، الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٩٤، شرح الروض لزكريا الأنصاري ٢/ ٥٠، والبحر ٦/ ٥ نقلا عن التتارخانية.

شرطا خيار الغد دون اليوم، فسد العقد لمنافاته لمقتضاه، والمراد بالمقتضى هنا: حصول آثاره مباشرة. هذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة، قال النووي: (ويشترط أن تكون المدة متصلة بالعقد. لا يجوز أن يشترط خيارا متراخيا عن العقد)[١] لكن الحنفية لا يبطلون هذا العقد لأنه يمكن تصحيحه نظرا لذهابهم إلى التفرقة بين البطلان والفساد، والفاسد من العقود منعقد ويحتمل بعضه التصحيح، وسبيل ذلك هنا اعتبار المدة الفاصلة بين العقد وبين مبدأ المدة المحددة مشمولة بالشرط، فقد ذكروا أن اشتراط خيار أيام غير متصلة بالعقد، مثل ما لو كان العقد في آخر رمضان واشترط خيار يومين بعد رمضان فهو جائز، وله ثلاثة أيام (اليوم الآخر من رمضان واليومان مما بعده). وهكذا يحمل كلامه على إرادة المدة المتصلة وما بعدها. أما إذا كان الاشتراط غير قابل للحمل على ذلك فهو عقد فاسد مستحق للفسخ بإرادة كل من العاقدين وبإرادة القاضي، ومثاله في الصورة السابقة ـ عند الشافعية ـ ما لو ذكر أنه لا خيار له في رمضان، وله كذا يوما مما بعده فالعقد فاسد.[٢]

(١) المجموع للنووي ٩/ ١٩١، والبدائع ٥/ ٣٠٠، والمغني ٣/ ٥٠٢

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩ (نقلا عن فتاوى قاضيخان ٢/ ١٨٣) والبحر الرائق ٦/ ٥

٢١ ـ ويتبع شريطة الاتصال شريطة أخرى يمكن تسميتها «الموالاة» لأن المراد بها: تتابع أجزاء مدة الخيار. فلو شرطا الخيار لمدة ثلاثة أيام على أنه يوما يثبت ويوما لا يثبت ففيه عند الحنابلة وجهان:

أحدهما ـ وهو اختيار أبي الوفاء بن عقيل ـ : الصحة في اليوم الأول، لإمكانه، والبطلان فيما بعده، لأن العقد إذا لزم في اليوم الثاني لم يعد إلى عدم اللزوم.

والوجه الآخر: (احتمال) بطلان الشرط كله، لأنه شرط واحد تناول الخيار في أيام، فإذا فسد في بعضه فسد جميعه.[1]

رابعا ـ تعيين مستحق الخيار:

٢٢ ـ مستحق الخيار أو صاحب الخيار: هو ذلك الشخص الذي يكون إليه استعمال الخِيار وممارسته سواء كان هو مشترطه أو خوّل إليه من العاقد الآخر، وسواء أكان طرفا في العقد أم كان أجنبيا عنه، ولا يصح تطرق الجهالة إلى مستحق الخيار، فلو اتفق العاقدان على أن الخيار لأحدهما لا بعينه، ولم يبينا هل هو البائع أم المشتري، أو تعاقدا على أن يكون الخيار لشخص ما يعينه أحدهما فيما بعد، أو لمن يشاء أحدهما، فهذا كله فيه جهالة مفضية للنزاع.

(١) المغني ٣/ ٥٢٨

ولذا صرح ابن قدامة بأنه لا يصح، لأنه مجهول ولأنه يفضي إلى التنازع. لذا كان لا بد من تعيين مستحق الخيار تعيينا مشخصا أهو للبائع أو للمشتري، وكذلك تعيينه بالذات إن كان أجنبيا عن العقد، وعدم الاكتفاء بذكر الصفة (مثلا) كقوله: على أن يكون الخيار لأحد التجار أو الخبراء دون تحديد. وقال النووي: (لو يشرط الخيار لأحدهما دون الآخر ففي صحة البيع قولان، الأصح: الصحة.[1]

ما يثبت فيه خيار الشرط:

٢٣ ـ خيار الشرط لا يثبت في غير العقود، والعقود التي يمكن فيها وقوع خيار الشرط هي العقود اللازمة القابلة للفسخ، لأن فائدته إنما تظهر فيها فقط. أما العقود غير اللازمة فهي بما تتصف به من طبيعة عدم اللزوم لا فائدة لاشتراط خيار فيها. وأما العقود التي لا تقبل الفسخ فيتعذر قيام الخيار فيها، لأنه يناقض طبيعتها.

والبيع هو المجال الأساسي لخيار الشرط، وجريان الخيار في البيع اتفاقي، لأنه هو العقد الذي وردت فيه أخبار مشروعيته، والبيع عقد لازم قابل للفسخ (بطريق الإقالة) فهو يقبل

(١) المغني ٣/ ٤٩٩ م٢٧٨٠، والمجموع ٩/ ٢٠٧. وقال النووي: له شرط الخيار لأحدهما دون الآخر ففي صحة البيع قولان، الأصح: الصحة.

الفسخ بخيار الشرط . بل يدخل الخيار في البيع الفاسد كما هو نص الهداية للمرغيناني، كما لا فرق بين كون البيع ، بيع مساومة ، أو بيع أمانة كالمرابحة وأخواتها . (١)

أما المستثنيات من البيع فهي : السلم ، والصرف ، وبيع الربوي بجنسه ، وقد عبر عنها بعض الحنابلة بقوله : كل بيع قَبْضُ عِوَضه شرطٌ لصحة العقد . (٢) وهي عقود يبطلها خيار الشرط إن لم يحصل إسقاطه في المجلس قبل التفرق . (٣)

وقد نبه ابن عابدين على أن استثناء السلم والصرف مخل بالضابط ، وهو ثبوته في العقد اللازم المحتمل الفسخ ، فهما أي السلم والصرف . كذلك . (٤)

وقد ذهب المالكية إلى جوازه في السلم إلى أجل قصير. (٥) وتفصيل ذلك في (سلم) ، (صرف) .

ويجري خيار الشرط في الإجارة مطلقا عند الحنفية والمالكية ، أما الشافعية والحنابلة فقيدوا الخيار بالإجارة التي في الذمة ، أما الإجارة المعينة فيدخلها الخيار إذا كانت لمدة غير تالية للعقد . أما إن كانت لمدة تبدأ من فور العقد فلا يصح شرط الخيار فيها ، لأنه يُفضي إلى فوات بعض المنافع ، أو إلى استيفائها في مدة الخيار، وكلاهما غير جائز، وفي وجه للحنابلة : تجوز في المدة التالية للعقد أيضا ، فإن فسخ رجع بقيمة المنافع . (١)

والحوالة : اختلف في قبولها خيار الشرط على رأيين :

الأول : تقبله ، وعليه الحنفية وهو احتمال للحنابلة - كما ذكر ابن قدامة - فيجوز عندهم اشتراط الخيار في الحوالة لكل من المحال ، والمحال عليه - وهما اللذان يجب رضاهما في عقدها - أما المحيل - ورضاه غير واجب في الأصح - فليس له اشتراط الخيار أصالة أي باعتباره طرفا في العقد ، أما إن اشترط له كما يشترط الأجنبي من قبل أحد العاقدين ، بأن اشترطه له المحال أو المحال عليه فيجوز ، ولكن تطبق أحكام الاشتراط لأجنبي ، وهي ثبوته له على وجه النيابة فيكون له وللمشترط . وعلل ابن قدامة قبول الحوالة لخيار الشرط بأنها معاوضة يقصد بها العوض .

الثاني : عدم قبول الحوالة لخيار الشرط ، وهو

---

(١) الهداية ٥/ ٣٦٧ بهامش الفتح .
(٢) المقنع وحواشيه ٢/ ٣٥
(٣) البدائع ٥/ ٢٠١
(٤) حواشي ابن عابدين على البحر ٦/ ٤ ، البدائع ٥/ ٢٠١ ، المبسوط ١٤/ ٢٤ ، المقنع وحواشيه ٢/ ٣٥ ، المجموع ٩/ ١٩٢ ، المغني ٣/ ٥٣١
(٥) المدونة ١٠/ ٢١ ، والمواق ٤/ ٤٢٢ والمقدمات لابن رشد ٢/ ١٩٠

(١) البدائع ٥/ ٢٠١ ، والمجموع ٩/ ١٩٢ ، والمغني ٣/ ٥٣١

مذهب الشافعية والحنابلة، لأن عقد الحوالة لم يبن على المغابنة. ولم نعثر للمالكية على رأي في هذه المسألة.[١]

وكذلك القسمة: اختلف الرأي فيها بحسب النظر إليها هل هي بيع كما قال الحنفية أم هي تمييز حقوق كما يرى الشافعية والحنابلة وهو مفاد مذهب المالكية. ومن أثبت خيار الشرط فيها من الحنابلة احتج بأن خيار الشرط لم يشرع خاصا بالبيع، بل هو للتروي وتبين أرشد الأمرين، وهذا المعنى موجود في القسمة.

والقسمة أنواع: قسمة الأجناس المختلفة، وهي قسمة تراضٍ لا إجبار فيها ـ وقسمة الجنس من المثليات، وهي تقبل الإجبار ولا يدخلها خيار الشرط ـ وقسمة الجنس الواحد من القيميات، كالبقر والغنم، أو الثياب من جنس واحد وهي تقبل الإجبار ويدخلها خيار الشرط على الصحيح المفتى به.[٢]

والكفالة: يدخلها خيار الشرط عند الحنفية خلافا للمالكية والشافعية والحنابلة. وللكفالة خصيصة في باب خيار الشرط من حيث التوقيت إذ يجوز فيها أكثر من ثلاثة أيام عند أبي حنيفة خلافا لمذهبه في اشتراط التحديد بالثلاث، لأن الكفالة عقد مبني على التوسع.[١]

والوقف: يجري فيه خيار الشرط عند أبي يوسف، فقد ذهب إلى أن الواقف إذا شرط في الوقف الخيار لنفسه مدة معلومة جاز الوقف والشرط، وأما عند محمد، فالوقف باطل، وشرط الخيار فاسد، وهو قول الشافعي وأحمد.[٢]

وتفصيله في (وقف).

اشتراط الخيار للمتعاقدين:

٢٤ ـ من المقرر أن خيار الشرط يصح اشتراطه لأي واحد من المتعاقدين أو لكليهما (ففي البيع مثلا: للبائع والمشتري). وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ولا يعرف في ذلك خلاف، إلا ما روي عن سفيان الثوري وابن شبرمة من أنه يختص بالمشتري، وليس للبائع أن يشترطه لنفسه، (ومقتضى هذا النقل عنهما أن مجال الخيار عندهما هو عقد البيع فقط) وعند هذين إذا اشترطه البائع فسد العقد.[٣]

---

(١) البحر الرائق ٤/ ٢٧٢، ورد المحتار ٤/ ٤٨، والمهذب ١/ ٣٣٨، والمغني ٥/ ٥٤، والمقنع وحواشيه ٢/ ٣٤

(٢) رد المحتار ٥/ ١٦٧، وجامع الفصولين ١/ ٢٤٣، وبلغة السالك ٢/ ٢٣٨، والمدونة ١٤/ ١٩٨، ومغني المحتاج ٤/ ٤٢٤، والقواعد لابن رجب ٤١٣

(١) المبسوط ١٧/ ١٩٩، المجموع ٩/ ١٧٧، كشاف القناع ٣/ ٢٠٣

(٢) رد المحتار ٣/ ٣٦٠، المغني ٣/ ٥٣١، البحر الرائق ٦/ ٤، المجموع ٩/ ١٧٧، وكشاف القناع ٣/ ٢٠٣، الأشباه بحاشية الحموي ١/ ٣٢٨

(٣) المغني ٣/ ٥٢٤ ط٤، فتح القدير ٥/ ٥٠٠، البحر الزخار، ٣/ ٣٤٨، وفتح القدير ٥/ ٥٠٠

وفي اشتراطه للعاقدين أو أحدهما لا فرق أن ينشأ الاشتراط من العاقد لنفسه أو منه للعاقد الآخر، وهو أمر يحصل كثيرا، إذ يجعل البائع الخيار للمشتري، كما لو قال البائع: بعت لك ذا الشيء على أنك بالخيار، فإذا صدر القبول من المشتري كان الخيار له، ويثبت الخيار لمن شرط له وحده دون العاقد المشترط، إلا إذا شرطه لنفسه أيضا ورضي الآخر. (١)

اشتراط الخيار للأجنبي عن العقد:

٢٥ - يصح اشتراط الخيار لأجنبي عن العقد، سواء وقع الاشتراط من العاقدين أو من أحدهما، وسواء أكان الأجنبي المشترط له الخيار شخصا واحدا معينا من العاقدين كليهما أو كان عن كل منهما شخص غير من اشترطه الآخر، على ما نص عليه الشافعية، وهو غير محتاج إلى نص عن غيرهم، لأن دلائل الجواز تشمله.

وأصل هذا الحكم (صحة الاشتراط لأجنبي) موضع اتفاق بين الفقهاء، على أن يكون المجعول له الخيار ممن يجوز قوله - لا كالطفل غير المميز - وإلا بطل الخيار. (٢)

(١) رد المحتار ٤/ ٥٨

(٢) فتح القدير ٥/ ٥١٦، والبدائع ٥/ ١٧٤، والمجموع ٩/ ١٩٦، وبداية المجتهد ٢/ ٢١٢، ٤/ ٥٥١، ومغني المحتاج ٢/ ٤٦، ونهاية المحتاج ٤/ ٥، وحاشية الجمل على شرح المنهج ٢/ ١١١

ومستند هذا الحكم عند الحنفية الاستحسان، فهو على خلاف القياس، ولذا خالف فيه زفر مستدلا بأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه، فلا يجوز عنده اشتراطه لغير العاقدين.

واستدل القائلون بالجواز بأن ثبوته بالاستحسان لمسيس الحاجة إليه، لأن فيه مصلحة ظاهرة حين يكون المتعاقد قليل الخبرة بالأشياء ويخشى الوقوع في الغبن فيلجأ إلى من هو أبصر منه ويفوض إليه الخيار. وفضلا عن هذا أن ثبوت الخيار للأجنبي ليس أصالة بل هو بطريق النيابة عن العاقد الذي جعله له - على ما ذهب إليه الفقهاء - فيقدر الخيار للعاقد اقتضاء، ثم يجعل الأجنبي نائبا عنه، تصحيحا لتصرف العاقد. (١)

فإذا جعل الخيار لأجنبي، فما هي صفة هذا الجعل؟ وما أثره؟ للفقهاء في هذه المسألة وجهتان:

إحداهما: أنه يعتبر بمثابة توكيل لغيره يقتضي ثبوت الخيار لنفسه، فالخيار للعاقد والأجنبي معا. وهذا مذهب الحنفية والمالكية والحنابلة. بل إن الحنابلة جعلوا الخيار لهما أيضا فيما لو قصر العاقد الخيار على الأجنبي وقال: هو

(١) البدائع ٥/ ١٧٤، وفتح القدير ٥/ ٥١٦ - ٥١٧، ورد المحتار ٤/ ٥٨

له دوني، وذهب أبو يعلى منهم إلى أنه حينئذ لا يصح.[1]

الوجهة الأخرى: أنه يثبت للأجنبي وحده، وهو الأصح عند الشافعية وقالوا: إن جعل الخيار للأجنبي تفويض - أو تحكيم - لا توكيل. وينظر تفصيله في كتب الشافعية.

شرط الاستئمار (أو المؤامرة[2]) أو المشورة:

٢٦ - مما يتصل بمعرفة صاحب الخيار قضية اشتراط مشورة فلان من الناس، أو استئماره: أي معرفة أمره وامتثاله، فذهب المالكية إلى أن لكل من المستأمر والمستأمر الاستقلال في الرد والإمضاء (بخلاف ما لو كان على خياره ورضاه، فلا استقلال له دون من شرط له، وهذا في المشورة المطلقة، أما إذا قال على مشورته إن شاء أمضى وإن شاء رد فهذا بمنزلة الخيار).[3]

وللمالكية هاهنا تفصيل بحسب صيغة جعل الخيار للأجنبي، فهي إما أن تكون بلفظ المشورة، وإما أن تكون بلفظ الخيار أو الرضا.

فإذا قال: على مشورة فلان، فإن للعاقد - بائعا كان أو مشتريا - أن يستبد بإبرام العقد أو فسخه دون أن يفتقر ذلك إلى مشورته. لأنه لا يلزم من المشاورة الموافقة، ومشترط المشورة اشترط ما يقوى به نظره.

أما إذا قال: على خيار فلان أو رضاه، ففي ذلك أقوال أربعة، والمعتمد منها أنه تفويض فليس للعاقد - بائعا كان أو مشتريا - أن يستقل بإبرام العقد أو فسخه، ذلك أن اشتراط الخيار - أو الرضا - للأجنبي عندهم ليس توكيلا بل هو تفويض، حيث إنه باشتراط الخيار لغيره مُعْرِض عن نظر نفسه، وقد ألحقوا بلفظ الخيار أو الرضا لفظ المشورة - السابق ذكره - إذا جاء مقيدا بما يدنو به إلى هذين اللفظين مثل أن يقول: على مشورة فلان إن شاء أمضى وإن شاء رد، فحكم هذا كالخيار والرضا.[1] ومن هنا يعلم أنه يلحق باللفظين ما في معناهما من ألفاظ مستحدثة تؤدي المعنى نفسه كالرغبة والرأي.

وعند الشافعية في هذا اتجاهان:

أحدهما: أنه ليس له أن يفسخ حتى يقول: استأمرته فأمرني بالفسخ، والاتجاه الآخر - وعليه الحنابلة -: أنه لا يشترط استئماره، وأن نص الشافعي الذي اعتمده المثبتون قد جاء بقصد الاحتياط لئلا يكون كاذبا. ونحوه ما ذكر

(١) البدائع ٥/ ١٧٤، المجموع ٩/ ١٩٦، والشرح الكبير ٤/ ١٠٠، كشاف القناع ٣/ ٢٠٤، المقدمات ٢/ ٥٦٠

(٢) هي (مفاعلة) من الأمر، بمعنى اشتراطها أو أحدهما استئمار من سمياه والرجوع لأمره.

(٣) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٩٨

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٩٨، والخرشي ٤/ ٢٥

ابن حزم عن ابن عمر أنه فضل (إن أخذت) على (إن رضيت)، إذ قد يرضى، ثم يدعي أنه لم يرض، وقد صحح النووي الرأي الأول.[١]

ولابد من تعيين من سيشاوره. أما لو قال: على أن أشاور (كما يقع كثيرا)، لم يكف. قال الأذرعي: والظاهر يكفي، وهو في هذا شارط الخيار لنفسه.[٢]

ولم نعثر للحنفية على نص في هذه المسألة.

النيابة في الخيار:

٢٧ - الخيار يثبت للعاقد المشترط الخيار لنفسه مهما كانت صفة العاقد، فسواء أكان مالكا للمعقود عليه، أم وصيا يعقد لمصلحة الموصى عليه، أم وليا لمصلحة المَوْلِيّ عليه، أم كان يعقد بالوكالة.

ذلك أن اشتراط الخيار في حال الولاية أو الوصاية هو من باب النظر والرعاية للصغير فذلك لهما. وأما في الوكالة، فلأن تصرفه بأمر الموكل وقد أمره بالعقد أمرا مطلقا فيظل على إطلاقه، فيشمل العقد بخيار أو بدونه.

وكذلك المضارب أو الشريك شركة عنان أو مفاوضة، يملك شرط الخيار في معاملات الشركة بمقتضى إطلاق عقد الشركة.

(١) المجموع ٩/ ٢١٢، شرح الروض ٢/ ٥٢، المغني ٣/ ٥٢٦ ط٤

(٢) شرح الروض ٢/ ٥٢

وهذا شامل لما لو شرط الخيار لنفسه أو للعاقد الآخر الذي يشاطره التعاقد على ما ذكر الحنفية.[١]

أما الشافعية فقد قالوا بصحته في الوكالة - في أصح الوجهين - إذا اشترطه الوكيل لنفسه أو لموكله، لأنه لا ضرر فيه، كما منعوا الوكيل بالبيع أن يشترط الخيار للمشتري، وكذلك العكس، فليس للوكيل بالشراء أن يشترط الخيار للبائع، فإن فعل الوكيل ذلك بطل العقد، وهذا ما لم يأذن الموكل في الصورتين، والأصح عند الشافعية أنه لا يتجاوز الخيار من شرط له فلا يثبت للموكل إذا اشترطه الوكيل لنفسه ولا العكس - وهو ظاهر النص عن الشافعي - لأن ثبوته بالشرط فكان لمن شرطه خاصة. أما إذا أذن له الموكل في شرط الخيار وأطلق، فشرط الوكيل كذلك بإطلاق، ففيه أوجه، أصحها أنه للوكيل، لأن معظم أحكام العقد متعلقة به وحده[٢] ولا يلزم العقد برضا الموكل، لأن الخيار منوط برضا وكيله.

والحنابلة كالشافعية في صحة اشتراط الوكيل الخيار لنفسه، لا للعاقد الآخر مع احتمال الجواز عندهم فيها بناء على الرواية التي تقول: للوكيل

(١) البدائع ٥/ ١٧٤

(٢) المجموع ٩/ ١٩٤، ونهاية المحتاج ٤/ ١٥، ومغني المحتاج ٢/ ٤٦

التوكيل. [١]

ثم إن على الوكيل أن يفعل ما فيه حظ الموكل، لأنه مؤتمن. [٢]

وكما يثبت الخيار لصاحبه على وجه الانفراد إذا كان المشتري أو البائع واحدا، يثبت للمتعدد أيضا إذا كان الطرف المتعاقد متعددا، كما لو باع شريكان شيئا، أو باع المالك سلعة لاثنين واشترطا الخيار لهما.

آثار الخيار:

أولا: أثر الخيار على حكم العقد:

٢٨ ـ حكم الخيار أنه يمنع ثبوت حكم العقد، فلا يترتب عليه الحكم المعتاد للحال في حق من له الخيار، وذلك موضع اتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه، وهو عند أبي حنيفة في حق العاقد الآخر أيضا، وقال صاحباه: الحكم نافذ في حق من لا خيار له، لأنه لا مانع بالنسبة له ـ وسيترتب على ذلك انتقال الملك عنه ـ ولذا قال الكاساني: (هو للحال موقوف، على معنى أنه لا يعرف حكمه للحال، وإنما يعرف عند سقوط الخيار) والعلة في القول بأنه موقوف الحكم أنه لا يدرى أيتصل به الفسخ أو الإجازة. ثم قال بعدئذ: «فيتوقف في الجواب للحال، وهذا تفسير التوقف عندنا، وقال في موطن آخر: شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال». [١]

وتبين من منع ثبوت الحكم في حق من له الخيار، أنه لو كان الخيار لكل من المتعاقدين لم يترتب على العقد حكمه في الحال، فلا يخرج المبيع من ملك البائع، ولا الثمن من ملك المشتري اتفاقا بين أئمة الحنفية، فلا يفترق هذا العقد عن العقد الباتّ إلا من حيث تعرضه للفسخ بموجب خيار الشرط الذي زلزل حكم العقد وجعله عرضة للفسخ. ففي حال اشتراط الخيار للطرفين لا يثبت حكم العقد أصلا. [٢]

وإلى مثل ذلك ذهب الشافعية في صورة اشتراط الخيار للطرفين، حيث نصوا على أنه موقوف، لا يحكم بانتقاله للمشتري، ولا أنه للبائع خالصا حتى ينقضي الخيار. [٣]

وعند المالكية ملكية محل الخيار باقية للبائع، ولم تنتقل إلى المشتري، فحكم العقد المشتمل على خيار أنه ممنوع عن نفاذه أيا كان صاحب الخيار. [٤]

---

(١) المغني ٣/ ٥٢٣

(٢) شرح الروض ٢/ ٥٢

---

(١) البدائع ٥/ ٢٦٤ و٥/ ١٧٤

(٢) رد المحتار ٤/ ٥٣، تبيين الحقائق ٤/ ١٦، البحر الرائق ٦/ ٣، الفتاوى الهندية نقلا عن قاضيخان ٣/ ٤٠، فتح القدير ٥/ ٣٦٧.

(٣) المجموع ٩/ ٢٢٨

(٤) القوانين الفقهية ٢٦٤، والدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٣، بداية المجتهد ٢/ ١٧٥

ثانيا : أثر الخيار على انتقال الملك :

يختلف أثر الخيار على انتقال الملك بين كون الخيار للمتعاقدين أو كونه لأحدهما .

أ ـ كون الخيار للمتعاقدين :

٢٩ ـ إذا كان خيار الشرط ثابتا لكل من المتعاقدين فلا تغيير يحصل في قضية الملك للبدلين ، فمحل الخيار للبائع باقٍ على ملكه ، والثمن للمشتري أيضا . ذلك موقف الحنفية ، يقول الكاساني : فلا ينعقد العقد في حق الحكم في البدلين جميعا ، فلا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، وكذا الثمن . . . لأن المانع من الانعقاد في حق الحكم موجود في الجانبين جميعا وهو الخيار .[1] ويقرب منه موقف الشافعية بملاحظة اختيارهم وصف هذه الحالة بأن الملك موقوف بانتظار انقضاء مدة الخيار لعدم أولوية أحدهما ، فإن فسخ العقد ظهر عنده أن الملك مازال للبائع ، وإن تم ظهر أن الملك انتقل للمشتري منذ العقد .[2] والمذاهب الأخرى لا تفرد هذه الحالة بالحكم ، بل ينصب نظرها إلى خيار البائع ، فهو المؤثر في القضية فيما إذا كان الخيار له وللمشتري .

والرأي الثاني في المسألة على النقيض مما سبق ، فالملك في العقد المقترن بخيار الشرط ينتقل إلى المشتري بالعقد نفسه ، سواء أكان الخيار لهما أم لأحدهما أيا كان ، وهذا هو ظاهر المذهب عند الحنابلة ، وقد علّلوه بأن العقد مع الخيار كالعقد المطلق عنه .[1]

ب ـ كون الخيار لأحدهما :

٣٠ ـ تختلف مذاهب الفقهاء في تحديد المالك لمحل الخيار إذا كان الخيار لأحد المتعاقدين دون الآخر ، وتنحصر الآراء في ثلاثة : بقاء الملك ، انتقاله ، التفصيل بحسب صاحب الخيار .

١ ـ ذهب الرأي الأول إلى القول بأن الملك باق لصاحب المحل كما كان قبل حصول العقد وهو البائع ، ولا فرق بين أن يكون الخيار للمتعاقدين أو لأحدهما . بهذا قال مالك وأصحابه وهو مذهب الليث والأوزاعي . وقد عبر المالكية عن هذه المسألة بقولهم : إن بيع الخيار منحل لا منعقد ، بمعنى أنه على ملك البائع لم ينتقل ، فالإمضاء اللاحق بعدئذ ناقل للملك لا مقرر .[2]

فقد اعتبر هؤلاء يد المشتري على محل الخيار يد أمانة ، وأن البائع هو المالك (والضامن أيضا) واحتجوا بأن العقد الذي وقع فيه الخيار

(١) البدائع ٥/ ٢٦٤ ـ ٢٦٥

(٢) المجموع ٩/ ٢٣٠ ، نهاية المحتاج ٤/ ٢٠ ، مغني المحتاج ٢/ ٤٨

(١) كشاف القناع ٣/ ٢٠٦

(٢) بداية المجتهد ٢/ ٢١١ ، الدردير على خليل بحاشية الدسوقي ٣/ ١٠٣ ، الخرشي ٤/ ٣٠

عقد غير لازم، فلم يترتب عليه حكم، أي هو عقد غير نافذ في الجملة: لم ينتقل الملك عن البائع، كما لو لم يقع قبول من العاقد الآخر (المشتري مثلا).

٢ - الرأي الثاني وهو قول عند المالكية: إن الملك للمشتري، فالإمضاء تقرير لا نقل.(١)

وعن أحمد رواية أنه موقوف في هذه الحالة أيضا حتى ينقضي الخيار.(٢)

٣ - والرأي الثالث قائم على التفصيل بحسب صاحب الخيار.

فإذا كان الخيار للبائع فالملك باق له، لأن اشتراط الخيار منه إبقاء على ملكه فلا ينتقل إلى المشتري، ولهذا نتائج عديدة أبرزها أن المشتري - بالرغم من العقد - لا يملك التصرف في محل الخيار، كما أن تصرفات البائع تنفذ، وتعتبر فسخا للعقد، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة وصاحباه والشافعي في أظهر الأقوال.(٣) وهذا القول للشافعية قائم على التفصيل بين كون الخيار للبائع أو المشتري - وهو الأظهر - وهناك أقوال ثلاثة أخرى (مطردة في حال كون الخيار لهما أو لأحدهما) أحدها: أن المبيع ملك للمشتري والثمن ملك للبائع، والثاني: أن المبيع باق على ملك البائع ولا يملكه المشتري إلا بعد انقضاء الخيار من غير فسخ، والثمن باق على ملك المشتري. والثالث: أن الملك موقوف إلى تمام البيع للحكم بأن المبيع كان ملكا للمشتري منذ العقد، أو أنه باق على ملك البائع.(١)

(١) الخرشي ٤/ ٣٠

(٢) المغني ٣/ ٥١١، كشاف القناع ٣/ ٢٠٦، القواعد لابن رجب ٣٧٧

(٣) البدائع ٥/ ٢٦٤، فتح القدير ٥/ ٥٠٤، البحر الرائق ٦/ ٩، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٥٣، وشرح الروض ٢/ ٥٣، المجموع ٩/ ٢٣٠، نهاية المحتاج ٤/ ٢٠، مغني المحتاج ٢/ ٤٨

وأما إذا كان الخيار للمشتري فالملك زائل عن البائع عند هؤلاء، حيث لا مانع في حقه، لأن العقد لازم من جهة من لا خيار له وهو البائع. والتصرف في محل الخيار مقصور على من له الخيار، لأنه شرع نظرا له وحده، وعلى هذا القدر اتفق أبو حنيفة وصاحباه، وهو مذهب الشافعية، ويمكن التعبير عنه بأن الملك منتقل عمن لا خيار له.(٢)

ثالثا: أثر الخيار على ضمان المحل:

٣١ - اختلف الفقهاء فيمن يتحمل تبعة هلاك محل الخيار على النحو الآتي:

فالحنفية فرقوا في هذه المسألة بين عدة صور:

(١) المجموع ٩/ ٢٣٠

(٢) البحر الرائق ٦/ ١٣، وتبيين الحقائق ٤/ ١٦، وحاشية ابن عابدين ٤/ ٥٣، وشرح الروض ٢/ ٥٣، والمجموع ٩/ ٢٣٠، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٠، ومغني المحتاج ٢/ ٤٨

١ ـ إذا كان الخيار للبائع ـ وبالأولى إذا كان له وللمشتري ـ وهلك محل الخيار بيد البائع قبل القبض فالضمان على البائع بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه، لأنه لم يخرج عن ملكه اتفاقا، ولم ينضم إلى الخيار القبض ليكون له أثر في تعديل ارتباط تبعة الهلاك بالملك، ولا إشكال عند الحنفية في انفساخ العقد، كما هو الحال في البيع المطلق عن الخيار.[1]

٢ ـ إذا هلك محل الخيار في يد المشتري بعد القبض وبعد انقضاء الخيار فالضمان منه، لأنه غدا بانقضاء الخيار بيعا مطلقا. والضمان حينئذ بالثمن لأنه هلك بعدما أبرم البيع، وإبرامه إذا كان الخيار للبائع لعدم فسخ البائع في المدة، وإن كان الخيار للمشتري فلأن هلاكه بمثابة الإجازة.[2]

٣ ـ إذا كان الخيار للبائع وقد قبض المشتري محل الخيار فهلك في يد المشتري خلال مدة الخيار فالضمان على المشتري، لأن البيع قد انفسخ بهلاك المحل إذ كان موقوفا، لأجل خيار البائع، ولا نفاذ للموقوف إذا هلك المحل، فبقي في يد المشتري مقبوضا على جهة العقد (أي المعاوضة)، لا على وجه الأمانة المحضة كالإيداع والإعارة، لأن البائع لم يرض بقبض المشتري له إلا على جهة العقد. وكذلك الشافعية، وسووا بين هذه الحالة وبين إيداع المشتري إياه بعد القبض عند البائع.

أما كيفية ضمانه فهو أنه يضمن بالقيمة ـ إن لم يكن مثليا (لأن ضمانه حينئذ بالمثل) ـ والضمان بالقيمة، لا بالثمن، هو الشأن فيما قبض على جهة العقد، كالمقبوض على سوم الشراء.[1] وقد جعل الكاساني ضمانه أولى من ضمان المقبوض على سوم الشراء.

٤ ـ إذا كان الخيار للمشتري وقد قبض محل الخيار فهلك في يده، فالضمان منه أيضا، ولكن الضمان هنا بالثمن.

وبين هذه الحالة وسابقتها فرق من حيث كيفية الضمان فهنا الضمان بالثمن، وهناك الضمان بالقيمة، وقد أشار صاحب الهداية إلى وجه الفرق، وتابعه الشراح مفصلين الوجه نفسه، بأنه إذا كان الخيار للمشتري وهلك المبيع فإنه بمثابة تعيب آل إلى تلف، لأن التلف لا يعرى عن مقدمة عيب، فبدخول العيب على محل الخيار لا يملك المشتري (صاحب الخيار) الردّ على البائع حال قيام العيب، كائنا ما كان العيب، فإذا اتصل به الهلاك لم يبق الردّ

(١) فتح القدير ٥/ ٥٠٤، والبدائع ٥/ ٢٧٢

(٢) فتح القدير ٥/ ٥٠٤

(١) المقبوض على سوم الشراء هو ما أخذه المشتري على قصد الابتياع للنظر والاختبار من غير إبرام البيع فهلك في يده. ومن المقرر أن ضمانه هو فيما إذا كان القبض بعد تسمية الثمن، أما إذا لم يسم ثمنا فلا ضمان في الصحيح (فتح القدير ٥/ ٥٠٤)، العناية على الهداية بهامش فتح القدير ٥/ ٥٠٤

سائغا، فيهلك المحل بعد أن انبرم العقد بمقدمات الهلاك، وبلزوم العقد يجب الثمن لا القيمة.

أما في حالة كون الخيار للبائع وتلف المبيع عند المشتري بعد القبض، فإن تعيب المبيع وإشرافه على الهلاك لا يمنع الرد حكما، لأن خيار البائع لم يسقط لأنه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار الذي لو رضي به يتمكن من الاسترداد، فإذا هلك على ملكه فينفسخ العقد ضرورة لعدم المحل فيكون ضمانه كالمقبوض على سوم الشراء، أي بالقيمة، لا بالثمن لفقدان العقد.[1]

٣٢ ـ أما عند المالكية فالضمان منسجم مع الملك الذي جعلوه ثابتا مطلقا للبائع، فالضمان عليه أيضا إلا في استثناءات يدعو إليها إعواز المشتري الدليل على حسن نيته وعدم تفريطه، لأن ضمان البائع للتلف خاص بما لو كان تلفا بحادث سماوي، أو ضياع، ويتمثل الأصل في صورتين:

الأولى: إذا قبض المشتري محل الخيار، فالضمان على البائع، إذ هو أقدم ملكا، فلا ينتقل الضمان عنه إلا بتمام انتقال ملكه.[2] وذلك الأصل ثابت فيما إذا كان محل الخيار مما لا يغاب عليه (أي: مما لا يمكن إخفاؤه)، حيث لم يظهر كذب المشتري في دعواه التلف دون صنعه.

الثانية: إذا كان محل الخيار مما يغاب عليه ولكن ثبت تلفه أو ضياعه ببينة (لأن هلاكه ظاهر بغير صنعه، وأنه غير متعد في قبضه كالرهن والعارية).

وفيما وراء هذا الأصل، أو بعبارة أخرى فيما كان محترزا عنه بقيود الصورتين السابقتين (صورة ما لا يغاب عليه ولم يثبت كذب المشتري، وصورة ما يغاب عليه وثبت أن التلف ليس بصنع المشتري) يكون الضمان على المشتري.[1]

٣٣ ـ أما الشافعية فقد جاء في شرح الروض أنه لو تلف المبيع بآفة سماوية بعد القبض والخيار للبائع وحده، انفسخ البيع، لأنه ينفسخ بذلك عند بقاء يده، فعند بقاء ملكه أولى، ولأن نقل الملك بعد التلف لا يمكن، وإن كان المبيع مودعا مع البائع فإن البيع ينفسخ بتلفه لأن يده كيد المشتري ويرد البائع عليه الثمن وله في المسألتين على المشتري القيمة في المتقوم، والمثل في المثلي ولو كان الخيار للمشتري وحده أولهما فتلف المبيع بعد قبضه لم ينفسخ البيع لدخوله في ضمانه بالقبض ولم ينقطع الخيار كما لا يمتنع

(١) الهداية وفتح القدير والعناية والكفاية ٥/ ٥٠٦
(٢) المواق على خليل نقلا عن ابن يونس ٤/ ٤٢٢

(١) المواق على خليل ٤/ ٤٢٢، والخرشي على خليل ٤/ ٣٠، والدسوقي ٣/ ١٠٤

التحالف بتلف المبيع ولزم المشتري الثمن إن تم العقد، وإن فسخ فالقيمة أو المثل على المشتري واسترد الثمن، ولو أتلفه متلف ولو بعد قبضه والخيار للبائع وحده انفسخ البيع كما في صورة التلف، وإن كان الخيار لهما أو للمشتري وحده وأتلفه أجنبي ولو قبل القبض لم ينفسخ، أي البيع، لقيام البدل اللازم له من قيمة أو مثل مقامه وتلزمه القيمة للمشتري لفوات عين المبيع والخيار بحاله وإن أتلفه المشتري ولو قبل القبض، والخيار له أو لهما استقر عليه الثمن، لأنه بإتلافه المبيع قابض له أو أتلفه البائع، ولو بعد القبض فكتلفه بآفة .[1]

٣٤ ـ وأما الحنابلة فقد جعلوا الملك للمشتري، وذهبوا إلى أن ضمان محل الخيار على المشتري لأنه ملكه، وغلّته له فكان من ضمانه كما بعد انقضاء الخيار. ومئونته عليه .[2] وهذا على إطلاقه (قبل القبض أو بعده) إذا كان محل الخيار من غير المكيل أو الموزون ونحوهما كالمعدود والمذروع، شريطة أن لا يكون عدم القبض ناشئا من منع البائع .

أما إذا كان محل الخيار من المكيل أو الموزون ونحوهما فلابد من القبض ليكون ضمانه على المشتري، فإن كان القبض لم يحصل فالضمان حينئذ على البائع . ولا يعتبر الحكم في المكيل والموزون استثناء، بل هو الذي تقتضيه أصول الحنابلة من اعتبارهم القبض ضميمة لابد منها في المكيل والموزون لينتقل ضمانه عن البائع إلى المشتري، وهو حكم يتفق فيه البيع المقيد بالخيار، والبيع المطلق. وعلله ابن قدامة بأنه يتعلق به حق توفية، وجاء في كشاف القناع أن المراد بالقبض في المكيل والموزون هو اكتياله أو وزنه، وليس مجرد التخلية كما هو عند الحنفية، فبالاكتيال يعرف هل وصل إلى المشتري حقه كاملا أم نقص منه أو زاد عنه .[1]

أثر الخيار على زيادة المبيع وغلّته ونفقته .

٣٥ ـ قسم الحنفية الزوائد التي قد تطرأ على المبيع إلى الأقسام التالية :

١ ـ الزيادة المتصلة المتولدة، كالسِمَن في الحيوان وزيادة وزنه، والبرء من داء كان فيه، والنضج في الثمر، والحمل الذي يحدث زمن الخيار (أما الموجود عند العقد فهو معقود عليه، كالأم، فيقابله قسط من الثمن على ما قال الشافعية) .

---

(١) شرح الروض ٢/ ٥٤

(٢) المغني لابن قدامة ٣/ ١٥٣

(١) المغني ٤/ ٢١٩ مع الشرح الكبير وفي المغني : وقبض كل شيء بحسبه، فإن كان مكيلا أو موزونا بيع كيلا أو وزنا فقبضه بكيله ووزنه (٤/ ٢٢٠) ونحوه في كشاف القناع ٣/ ٢٤٦

٢ ـ الزيادة المتصلة غير المتولدة من الأصل، ومثالها: الصبغ والخياطة، والبناء في الأرض، والغرس فيها، ولتّ السويق بسمن.

٣ ـ الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل، ومثالها: الولد، والثمر، واللبن، والبيض، والصوف.

٤ ـ الزيادة المنفصلة غير المتولدة من الأصل. ومثالها: غلّة المأجور، وأرش الجناية على عضو من الحيوان، والعُقر وهو ما يعتبر مهرا للوطء بشبهة.[1]

هذا تقسيم الحنفية للزوائد، وهم أكثر الفقهاء عناية بتنويعها، نظرا لتفاوت أحكامها عندهم بحسب تلك الأنواع.

أما غير الحنفية فما بين موحد النظرة إلى الزيادة، أومكتف بتقسيم الزوائد إلى متصلة أو منفصلة وإدارة الحكم على ذلك فقط.

وإن للزوائد في محل الخيار أحكاما أهمها اثنان: أحدهما: لمن يكون ملك الزوائد، والثاني كونها تمنع الرد، أي تعدم الخيار بإلزام صاحبه بالإجازة دون الفسخ. ذهب الحنفية إلى أن الأصل في الزيادة أنها تمنع الردّ ويسري امتناع الرد على جميع أنواعها سوى الزيادة المنفصلة غير المتولدة اتفاقا، والزيادة المتصلة المتولدة على خلاف. فحيث يمتنع الرد ينبرم العقد ويلزم، وتكون الزوائد مطلقا للمشتري الذي صار إليه ملك الأصل. أما في الزيادة المنفصلة غير المتولدة حيث لا يمتنع الرد، وفي الزيادة المتصلة المتولدة حيث اختلف في امتناعه، فقد اختلفوا فيمن يملك تلك الزوائد على النحو الآتي.[1]

الزيادة المنفصلة غير المتولدة:

٣٦ ـ إذا كانت زوائد محل الخيار من نوع المنفصلة غير المتولدة من الأصل، ففيها يجري الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه. وهذا الخلاف لا مجال له إن اختار المشتري امضاء العقد لأنه حينئذ يتملك الأصل والزوائد اتفاقا، لأنه بالإمضاء تبين أن الزوائد كسب ملكه فكانت ملكا له، أما إن اختار المشتري الفسخ وإعادة محل الخيار إلى البائع فهل يعيد معها الزوائد أم لا؟ قال أبوحنيفة: يرد الأصل مع الزوائد بناء على أن ملك المبيع كان موقوفا، فإذا حصل الفسخ تبين أنه لم يدخل في ملك المشتري فالزيادة حصلت على ملك البائع فترد إليه مع الأصل. وعند الصاحبين: المبيع دخل في ملك المشتري فكانت الزوائد حاصلة على ملكه، فيظهر أثر الفسخ في الأصل لا في الزوائد

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٠، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٨ نقلا عن السراج الوهاج والنهر الفائق وغيرهما.

(١) البحر الرائق ١٦/ ١٥ نقلا عن التتارخانية، ونقله عنها ابن عابدين أيضا ٤/ ٥٤

لأنها بقيت على حكم ملك المشتري فيأخذها هو[1] وهذه المسألة مبنية على الخلاف الكبير السابق.

الزيادة المتصلة المتولدة :

٣٧ ـ ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الخيار يسقط بهذه الزيادة. وقد عرفنا أنه حيث يمتنع الرد يتملك صاحب الخيار الأصل والزيادة، لأنه تبين بإمضاء العقد أنه المالك لمحل الخيار فيملك زوائده مهما كان وصفها. وعند الإمام محمد لا يبطل الخيار فله أن يختار بين الإمضاء والفسخ.[2]

ويكون مصير هذه الصورة مماثلا للصورة السابقة (صورة الزيادة المنفصلة غير المتولدة) حيث يظل صاحب الخيار متمكنا من استعمال خياره.

أحكام الزوائد عند غير الحنفية :

للمالكية منحى آخر في شأن الزوائد، فهم لم ينظروا إلى الاتصال والانفصال، كما لم يعتبروا التولد على إطلاقه، بل خصّوا ما يعتبر جزءا باقيا من المبيع فاعتبروه لا ينفصل عنه في العقد، ومثّلوا له بالولد والصوف، فالولد لأنه ليس بغلة ـ ومثله الصوف ـ تم أم لا «لأنهما كجزء المبيع، أي أن الولد كالجزء الباقي، بخلاف أرش الجناية فإنه كجزء فات وهو على ملك البائع»[1] يكون مملوكا للمشتري، وماعداه فهو للبائع، لأنهم قائلون بأن الملك في الأصل ـ زمن الخيار ـ يظل للبائع حتى يستعمل صاحب الخيار خياره. ويترتب على هذا أن تكون الزوائد كلها ـ عدا الولد والصوف ـ للبائع.

ومن ذلك :

١ ـ الغلة الحادثة زمن الخيار من لبن وسمن وبيض، للبائع أيضا.

٢ ـ أرش الجناية على المبيع بالخيار للبائع أيضا.[2]

أما الشافعية فقد صرحوا بأنه لو حصلت زوائد منفصلة في زمن الخيار، كاللبن والبيض والثمر، فهي لمن له الملك وهو من انفرد بالخيار، فإن كان الخيار لهما فهي موقوفة كحكم المبيع نفسه، فإن فسخ البيع فهي للبائع وإلا فللمشتري. أما الزوائد المتصلة فتابعة للأصل.

والحمل الموجود عند البيع كالأصل في أنه

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٠، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٨ نقلا عن السراج الوهاج، شرح المجلة للأتاسي ٢/ ٢٤٣، والبحر الرائق ٦/ ٢٦

(٢) البدائع ٢/ ٢٧٠، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٨

(١) الدسوقي على الدردير ٣/ ١٠٤، الخرشي ٤/ ٣٠

(٢) الدردير على خليل بحاشية الدسوقي ٣/ ١٠٣ ـ ١٠٤، والمواق على خليل ٤/ ٤٢٢

مبيع لمقابلته بقسط من الثمن، كما لو بيع معه بعد الانفصال لا كالزوائد. (١)

أما عند الحنابلة فالزوائد للمشتري أيضا، ويشتمل ذلك على المتصلة والمنفصلة كالكسب والأجرة بل لو كانت نماء منفصلا متولدا من عين المبيع كالثمرة والولد واللبن، والحكم كذلك ولو كان المبيع في يد البائع قبل القبض (وفي هذه الحال تعتبر الزوائد أمانة عند البائع فلا يضمنها للمشتري إن تلفت بغير تعد ولا تفريط خلافا لحكم المبيع نفسه فهو مضمون قبل قبضه) وسواء تمخض الخيار عن إمضا العقد أو فسخه.

وقد استدل ابن قدامة للمذهب بحديث: «الخراج بالضمان». (٢) وهذا من ضمان المشتري، واستدل له أيضا بانتقال الملك الى المشتري، أي فهي تتبعه في الانتقال. (٣)

رابعا: أثر الخيار على تسليم البدلين

٣٨ ـ اتفق الفقهاء على أنه لا يجب تسليم البدلين في مدة الخيار في حال الإطلاق وعدم اشتراط التسليم، فليس بواجب على البائع تسليم المبيع ابتداء، ولا يجب على المشتري تسليم الثمن ابتداء لاحتمال الفسخ ما لم تمض مدة الخيار، أو يسقط صاحب الخيار خياره. (١)

أما التسليم للثمن أو المبيع اختيارا وطواعية فلا مانع منه عندهم أي لا يبطل الخيار، (٢) فإذا بادر أحدهما أو كلاهما إلى تسليم ما بيده ـ في مدة الخيار ـ فهو جائز، لأي منهما كان الخيار، ولا أثر للتسليم على الخيار فنقد الثمن للبائع أو دفع المبيع للمشتري لا يبطل الخيار شريطة أن يكون تسليم البائع المبيع للمشتري على وجه الاختبار والنظر في صلوحه أو عدمه، أما إن سلمه المبيع على وجه التمليك ـ والخيار للبائع ـ فإن خياره يبطل. (٣)

وإذا سلم أحدهما تطوعا فامتنع الآخر فقد اختلف فيه الفقهاء، فأبو حنيفة ذهب إلى أنه لا يجبر الآخر على التسليم أيا كان صاحب الخيار وله استرداده. ومذهب الشافعية عدم إجبار الآخر أيضا وهم يقولون: بأنّ لمن سلم

(١) شرح الروض ٢/ ٥٣

(٢) حديث: «الخراج بالضمان». أخرجه أبو داود (٣/ ٧٨٠ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث عائشة، وصححه ابن القطان كما في التلخيص الحبير لابن حجر (٣/ ٢٢ ـ ط شركة الطباعة الفنية).

(٣) كشاف القناع ٣/ ٢٠٧ ـ ٢٠٨، والمغني لابن قدامة ٤/ ٣٧، والشرح الكبير على المقنع ٤/ ٧١

(١) فتح القدير ٥/ ٤٩٩، والهندية ٣/ ٤٢، والبحر الرائق ٦/ ١٥، والمغني ٣/ ٥١٨

(٢) الدسوقي ٣/ ٩٤ و٩٦، والمجموع ٩/ ٢٢١ ـ ٢٢٣، شرح الروض ٢/ ٥٤، والبحر الرائق ٦/ ٥٤، المجموع ٩/ ٢٢٣

(٣) فتاوى قاضيخان ٢/ ١٧٩، والبحر الرائق ٦/ ١٠ نقلا عن جامع الفصولين ١/ ٢٤٤

مؤمِّلا التسليم من صاحبه فلم يحدث، فله أن يسترد.[(١)]

سقوط الخيار :

٣٩ ـ يسقط الخيار قبل استعماله بعدد من الأسباب هي : البلوغ في حق الصبي الذي عقد عنه وليه أو وصيه، والجنون ونحوه، وموت صاحب الخيار على خلاف في هذا السبب الأخير:

أ ـ بلوغ الصبي مستحق الخيار:

٤٠ ـ يرى الإمام أبو يوسف من الحنفية أن دخول الصغير صاحب الخيار في طور البلوغ، في مدة خيار الشرط وغيره من الخيارات المحددة بوقت يسقط به الخيار للولي أو الوصي سعيا منهما لمصلحة الصبي، ويلزم به العقد. أما الإمام محمد، فقد جزم بأن الخيار لا يسقط، ثم تعددت الروايات عنه في مصير الخيار بعدئذٍ هل ينتقل إلى الصغير في المدة أو بدون تحديد مدة، أو يبقى للوصي أو الولي؟[(٢)]

ولم نجد لغير الحنفية كلاما في هذه المسألة.

ب ـ طروء الجنون ونحوه :

٤١ ـ قد يطرأ الجنون على العاقد صاحب الخيار، ومثله (ما هو في حكمه من حيث ذهاب العقل وعجز الإنسان عن إظهار موقفه، كالإغماء والنوم أو السكتة) فإذا بقي ذلك حتى استغرق وقت الخيار من حالة توقيته سقط الخيار. لكن سقوطه ليس لكون الجنون من أسباب سقوط الخيار، بل لانقضاء المدة دون صدور فسخ منه، فالجنون نفسه ليس مسقطا بل استغراق الوقت كله دون فسخ، ولذا لو أفاق خلال المدة كان على خياره فيما بقي منها في الأصح لدى الحنفية. قال ابن نجيم : والتحقيق أن الإغماء والجنون لا يسقطان الخيار وإنما المسقط له مضي المدة من غير اختيار. واختلف في السكر هل هو في حكم الجنون أم يفرق بين ما يحصل منه بالبنج ونحوه من الوسائل المستخدمة في الطب، وبين السكر بالمحرم. وينظر في المطولات.[(١)]

وقال المالكية : إن جن من له الخيار وعلم أنه لا يفيق أو يفيق بعد طول يضر الصبر إليه بالآخر، نظر السلطان في الأصلح له، أي لا يسقط الخيار. وسيأتي تفصيله في انتقال الخيار.[(٢)]

جـ ـ تغير محل الخيار :

٤٢ ـ إذا كان تغير محل الخيار بالهلاك والتعيب أو النقصان، فإن الخيار يسقط بهلاك المبيع قبل

(١) البحر الرائق ٦/ ٥٤ المراجع السابقة للحنفية والفتاوى الهندية ٣/ ٤٢، وشرح الروض ٢/ ٥٤

(٢) البدائع ٥/ ٢٦٧ ـ ٢٦٨، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٤، قاضيخان ٢/ ٢٠٠

(١) الهندية ٣/ ٤٣، البحر ٦/ ٥٠

(٢) حاشية الدسوقي ٣/ ١٠٣

القبض بلا خلاف بين الفقهاء أسوة بالعقد البات، فهذا أولى، لأنه أضعف منه لوجود شرط الخيار. أما إن كان الهلاك بعد القبض فقد اختلفت فيه المذاهب، فهو مسقط للخيار عند الحنابلة مطلقا. (١) وهو بمثابة الفسخ للعقد وسقوط الخيار تبعا عند المالكية. (٢) أما الحنفية والشافعية فيربطونه بمسألة انتقال الملك، فهو عند الحنفية يفترق بين كون الخيار للبائع وحده أو له وللمشتري ـ فالملك للبائع ـ فإذا هلك لم تمكن المبادلة عليه فينفسخ العقد ويبطل الخيار. أما إن كان الخيار للمشتري فالهلاك في عداد مسقطات الخيار التي يلزم بها العقد لأنه عجز عن التصرف بحكم الخيار حين أشرفت السلعة على الهلاك. والشافعية يقولون: إن كان الخيار للبائع وحده ينفسخ العقد، لأن الملك للبائع وتعذر نقله، أما إن كان الخيار للمشتري أولهما معا، فلا أثر للهلاك على العقد أو الخيار وإنما تتأثر تصفية هذا العقد، فإن اختار صاحب الخيار الإمضاء فالواجب هو الثمن وإن اختار الفسخ فالواجب رد المثل أو القيمة بدلا من المبيع. (٣)

(١) المغني ٣/ ٥٠٩، مطالب أولي النهى ٣/ ٩٩، كشاف القناع ٣/ ٢٠٩

(٢) الخرشي ٤/ ٣١، الحطاب ٤/ ٤٢٣، الدسوقي ٣/ ١٠٥

(٣) البدائع ٥/ ٢٦٩ و٢٧٢، فتح القدير ٥/ ١١٧، المبسوط ١٣/ ٤٤، المجموع ٩/ ٢١٩

ومثل الهلاك النقصان بالتعيب بما لا يحتمل الارتفاع أو لا يرجى زواله مهما كان قدره أو فاعله، لإخلال النقصان بشرط ردِّ المبيع كما قُبِضَ. أما لو كان يرجى زواله كالمرض فالخيار باق ولا يرد حتى يبرأ في المدة فإن مضت ولم يبرأ لزم البيع.

٤٣ ـ وإن كان التغير بالزيادة: إن كان الخيار للبائع فلا خلاف أنها لا أثر لها في سقوط الخيار، وإن كان الخيار للمشتري فلا أثر لها أيضا عند الجمهور مهما كان نوعها وكذلك الحنفية في الزيادة المتصلة، أو المنفصلة غير المتولدة، أما المنفصلة المتولدة من الأصل فإنها تسقط الخيار لتعذر ورود الفسخ عليها، لأنها غير مبيع، فالرد بدونها مؤد لشبهة الربا، وإن ردها مع الأصل كان ربح ما لم يضمن. (١)

د ـ إمضاء أحد الشريكين

٤٤ ـ إذا تعاقد شريكان مع آخر على أنهما بالخيار فأجاز أحدهما دون الآخر سقط الخيار بالنسبة لهما جميعا ولزم العقد، وهذا عند أبي حنيفة، بحيث لا يملك الشريك الآخر الفسخ، أما عند الصاحبين فالخيار لا يسقط

(١) البدائع ٥/ ٢٦٤ و٢٨٦، وفتح القدير والعناية ٥/ ١٦٠، كشاف القناع ٢/ ٥١ ط١، الخرشي ٥/ ١٢٠، مغني المحتاج ٢/ ٤٨٢

عمن لم يجز العقد بل يبقى خياره على حاله .[١]
ولم نجد لغير الحنفية كلاما في هذه المسألة .

هـ ـ موت صاحب الخيار

٤٥ ـ ذهب الحنفية والحنابلة إلى سقوط الخيار بموت صاحبه ، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري ، وسواء أكان صاحب الخيار أصيلا أم نائبا (وكيلا ، أو وصيا ، أو وليا) فبموت من له الخيار يسقط .

أما المالكية والشافعية ، فقد ذهبوا إلى بقاء الخيار للورثة ، فموت صاحب الخيار عند هؤلاء ليس مسقطا ، بل هو ناقل فقط .

أما وفاة من عليه الخيار فلا يسقط بها الخيار ، بل يبقى الخيار لصاحبه ويكون رده إن شاء الرد في مواجهة الورثة ، قال السرخسي : وأجمعوا (أي الحنفية) أنه إذا مات من عليه الخيار فإن الخيار باق .[٢]

انتهاء الخيار :

٤٦ ـ ينتهي خيار الشرط بأحد سببين :

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ٤٣ ، البحر ٦/ ٢٠
(٢) المبسوط ١٣/ ٤٢ ، الشرح الصغير ٢/ ١٤٤ ، مغني المحتاج ٢/ ٤٥

الأول : إمضاء العقد بإجازته أو بمضي مدة الخيار دون فسخ ، والثاني : فسخ العقد .

السبب الأول : إمضاء العقد بالإجازة أو بمضي مدة الخيار دون فسخ :

٤٧ ـ ينتهي الخيار بإمضاء العقد ، ويكون ذلك إما بإجازته ، وإما بمضي مدة الخيار .

إمضاء العقد بالإجازة :

٤٨ ـ إمضاء العقد بالإجازة يُنهي الخيار بالاتفاق ، لأن الأصل في العقد اللزوم والامتناع يعارض الخيار وقد بطل بالإجازة فيلزم العقد .[١]

أنواع الإجازة :

٤٩ ـ قسم الحنفية الإجازة إلى نوعين : صريح أو شبه الصريح ، ودلالة .

فالصريح ، بالنسبة للبائع ، أن يقول : أجزت العقد ـ أو البيع مثلا ـ أو أمضيته أو أوجبته ، أو ألزمته ، أو رضيته ، أو أسقطت الخيار ، أو أبطلته . وشبه الصريح ما يجري مجرى ذلك ، سواء أعلم المشتري الإجازة أم لم يعلم .[٢] وذكر الحنفية أن صاحب الخيار لو

(١) البدائع ٥/ ٢٦٧ ، الشرح الصغير ٣/ ١٤٢ ، مغني المحتاج ٢/ ٤٩ ، كشاف القناع ٣/ ٢٠٧
(٢) البدائع ٥/ ٢٦٧ ، فتح القدير ٥/ ١٢٠ ، الهندية ٣/ ٤٢

قال: هويت أخذه، أو أحببت، أو أعجبني، أو وافقني لا يبطل خياره.[١]

أما الدلالة فهي أن يتصرف صاحب الخيار في محل الخيار تصرف الملاك، كالبيع، والمساومة، والإجارة، والهبة، والرهن، سلم أو لم يسلم. لأن جواز هذه التصرفات يعتمد الملك، فالإقدام عليها يكون دليل قصد التملك، أو تقرر الملك ـ على اختلاف الأصلين ـ وذلك دليل الإمضاء.[٢] هذا إذا كان الخيار للمشتري فإذا كان للبائع فالدلالة على الإمضاء في حقه أن يتصرف في الثمن بعد قبضه بالبيع أو نحوه، إذا كان الثمن مما يتعين بالتعيين.

هذا ولا يشترط بقاء المحل للإجازة، ذلك أنه في الإجازة يثبت الحكم بطريق الظهور المحض، وليس الإنشاء، فبالإجازة يظهر أن العقد من وقت وجوده انعقد في حق الحكم، والمحل كان قابلا وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع الإجازة.[٣]

كما لا يشترط علم العاقد الآخر بالإجازة.[٤] فلو أجاز العقد فإنه لازم منذ الإجازة سواء أبلغ العاقد الآخر ذلك أم لا.

ونحو هذا التقسيم جاء في المذاهب الاخرى.[١]

إنهاء الخيار بعوض :

٥٠ ـ جاء في فتاوى قاضيخان أنه لو صالح المشتري البائع صاحب الخيار على دراهم مسماة، أو على عرض بعينه على أن يسقط الخيار ويمضي البيع جاز ذلك ويكون زيادة في الثمن. وكذا لو كان صاحب الخيار هو المشتري فصالحه البائع على أن يسقط الخيار فيحط عنه من الثمن كذا أو يزيده هذا العرض بعينه في البيع جاز ذلك أيضا.[٢]

ثانيا ـ انتهاء الخيار بمضي المدة :

٥١ ـ اتفق الفقهاء ـ في الجملة ـ على أن مضي المدة ينتهي به خيار الشرط، ذلك لأنه خيار مؤقت بمدة (سواء أكانت بتحديد العاقد، أم بتقدير الشارع في حال الإطلاق)، فإذا انقضت المدة التي وقّت بها الخيار فمن البدهي أن ينتهي بمضيها «لأن المؤقت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية».[٣] واشتراط الخيار في مدة معلومة منع

(١) الهندية، نقلا عن البحر الرائق، (٣/ ٤٢) وهو في البحر (٦/ ٢٠) منقولا عن جامع الفصولين.
(٢) البدائع ٥/ ٢٦٨
(٣) البدائع ٥/ ٢٦٤
(٤) الهداية وفتح القدير ٥/ ١٢٠

(١) الشرح الصغير ٣/ ١٤٢، مغني المحتاج ٢/ ٤٩، كشاف القناع ٣/ ٢٠٧
(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ٤٥
(٣) فتح القدير ٥/ ٢٦٨، البدائع ٥/ ٢٦٧ وحاشية القليوبي على شرح المنهج ٢/ ١٩٥

من لزوم العقد تلك المدة ـ والأصل هو اللزوم ـ فبانقضاء المدة يثبت موجب العقد، وترك صاحب الخيار الفسخ حتى تنقضي المدة رضا منه بالعقد.

على ذلك تواردت نصوص الحنفية والشافعية والحنابلة، خلافا للقاضي أبي يعلى منهم. [1]

أما المالكية فهم في الحقيقة قائلون بأن مضي المدة ينهي الخيار، غير أن لهم اتجاها خاصا فيما ينتج عن مضي المدة، فإذا كان الحال عند غيرهم اعتباره إمضاء للعقد من صاحب الخيار كائنا من كان، فمذهب المالكية أنه انتهاء للخيار وليس إمضاء للعقد إلا حيث تنقضي المدة، والمبيع بيد من له الخيار، فإذا كان الخيار للمشتري (مثلا) كان ترك المبيع في يده بمثابة الإمضاء ولزوم العقد عليه، أما إذا كان الخيار للبائع وانقضى الأمد ـ والمبيع في يده ـ فذلك بمثابة الفسخ من البائع. هذا من حيث أدائه إلى إمضاء العقد. أما اعتبار مضي المدة فسخا أو إجازة فينظر إلى من ينقضي زمن الخيار والمبيع بيده، سواء أكان صاحب الخيار أم غيره، فإن كان بيد البائع آنئذ فهو فسخ، وإن كان بيد المشتري فهو إمضاء، قال الدسوقي: «يلزم المبيع بالخيار من هو بيده منهما كان صاحب الخيار أو غيره بانقضاء زمن الخيار وما ألحق به وهو اليوم واليومان. وللمالكية تفصيلات تنظر في كتبهم. [1]

السبب الثاني: انتهاء الخيار بفسخ العقد

٥٢ ـ ينقسم الفسخ إلى صريح ودلالة، أو بنظرة أخرى إلى فسخ قولي، وفسخ فعلي، فالفسخ القولي أو الصريح يقع بمثل قوله: فسخت البيع، أو استرجعت المبيع، أو رددته، أو رددت الثمن ونحو ذلك، فكل هذا فسخ صريح، ومنه قول البائع في زمن الخيار: لا أبيع حتى تزيد في الثمن، مع قول المشتري لا أفعل، وكذلك منه عكس هذه الصورة بأن يقول المشتري: لا أشتري حتى ينقص عني من الثمن، على قول البائع لا أفعل. وكذا منه طلب البائع حلول الثمن المؤجل، وطلب المشتري تأجيل الثمن الحال فكل هذا فسخ. [2]

وصورة الفسخ دلالة ـ ويسمى الفسخ الفعلي ـ (أو الفسخ بالفعل كما سماه ابن الهمام):

---

(١) المغني ٣/ ٥٩٢ والشرح الكبير على المقنع ٤/ ٦٩ ـ ٧١ ومطالب أولي النهى ٣/ ٩٤ ـ ٩٦، وكشاف القناع ٣/ ٢٥١ ـ ٢٥٤

(١) الخرشي على خليل ٤/ ٢٣، الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٩٥، الحطاب والمواق ٤/ ٤١٦، الصاوي ٢/ ١٢٥

(٢) البحر الرائق ٦/ ٢٠، المجموع ٩/ ٢٠٢، فتح القدير ٥/ ١٢٢، الخرشي ٥/ ١٢٠، كشاف القناع ٢/ ٥١، شرح الروض ٢/ ٥٣

أن يتصرف صاحب الخيار تصرف الملاك في المبيع. هذا إذا كان صاحب الخيار هو البائع، فإن كان هو المشتري فبأن يتصرف تصرف الملاك في الثمن، شريطة أن يكون الثمن عينا. أما إن كان دينا فلا يتصور الفسخ دلالة في حق البائع ولذلك أغفله ابن الهمام مقتصرا على تصويره في حق المشتري، لأنه لو تصرف البائع في الثمن - وهو دين - يحمل على أنه تصرف في ماله الخاص لا في الثمن «لأن الأثمان لا تتعين بالتعيين». (١)

والسبب في الاعتداد بالتصرف كالملاك في إسقاط الخيار أن الخيار إذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه. وإذا كان الخيار للمشتري فتصرفه تصرف الملاك في الثمن إذا كان عينا، دليل أيضا على استبقاء ملكه فيه. واستبقاء ملك كلّ منهما لا يكون إلا بالفسخ، فالإقدام على التصرف المذكور يكون فسخا للعقد دلالة، قال ابن الهمام، ومن قبله الكاساني:

«والحاصل أن ما وجد من البائع في المبيع لو وجد منه في الثمن لكان إجازة للبيع: يكون فسخا للبيع دلالة».

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٦٧، فتح القدير ٥/ ١٢١، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٣ المجموع للنووي ٥/ ٢٠١ الحطاب ٤/ ٤١٩، وجامع الفصولين ١/ ٢٤٤

والفسخ دلالة متفق على عدم اشتراط علم الآخر به، أما في الفسخ الصريح أو ما يجري مجراه ففيه خلاف بين الحنفية. (١)

ثم إن للفسخ دلالة بعد هذا الضابط تفاريع منها:

- أكل المبيع وشربه ولبسه، يسقط الخيار. وفي فتاوى قاضيخان: إذا لبسه مرة لا يبطل خياره.

- النسخ من الكتاب، لنفسه أو غيره، لا يسقط الخيار، ولو درس فيه يسقط.

- ركوب الدابة ليسقيها، أو يردّها، ويعلفها، إجازة. وقيل إن كان لا يمكنه ذلك بدون الركوب لا يكون إجازة. وأطلق قاضيخان في فتاويه أنه لا يبطل خياره فقال: وركوبها ليسقيها أو يردّها على البائع لا يبطل خياره استحسانا، فجعله من الاستحسان.

- بيع محل الخيار من غيره، أو هبته أو رهنه - مع التسليم - مسقط للخيار، أما لو وهبه أو رهنه ولم يسلم لا ينفسخ.

- إيجار محل الخيار فسخ ولو لم يسلم، وقيل: ليس فسخا ما لم يسلم.

- تسليم محل الخيار الى المشتري في مدة الخيار، وفرّق أبو بكر بن الفضل بين التسليم على وجه الاختيار فلا يبطل خياره ولا يملكه المشتري،

(١) البدائع ٥/ ٢٧٢، وفتح القدير ٥/ ١٢١، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٣

والتسليم على وجه التمليك فيبطل خياره.

قال الزيلعي: وكذا كل تصرف لا يحل إلا في الملك، وكذا كل تصرف لا ينفذ إلا في الملك كالبيع والإجارة.[١]

شرائط الفسخ:

٥٣ - يشترط لاعتبار الفسخ نافذا الشرائط التالية:

١ - قيام الخيار، لأن الخيار إذا زال، بالسقوط مثلا، يلزم العقد، فلا أثر للفسخ حينئذ.

٢ - علم العاقد الآخر بالفسخ، ويعبر عنه في بعض المراجع الفقهية بعبارة الفسخ بحضرة العاقد، وعكسه الفسخ في غيبته، والمراد من الحضرة، العلم لا الحضور، وذلك عند أبي حنيفة ومحمد، فإن جرى الفسخ من صاحب الخيار دون علم العاقد الآخر فالفسخ موقوف: إن علم به في مدة الخيار نفذ، وإن لم يبلغه حتى مضت المدة لزم العقد لعدم اعتبار ذلك الفسخ. وفي هذه الفترة - حيث يعتبر موقوفا - لو عاد العاقد عن فسخه فأمضى العقد قبل علم الآخر فذلك منه معتبر فيلزم العقد ويبطل فسخه السابق.

أما أبو يوسف فقد نقلت عنه أقوال ثلاثة: الأول مثل مذهب أبي حنيفة ومحمد وقد رجع

(١) فتح القدير ٥/ ١٢١، والفتاوى الهندية ٣/ ٤٣، والبدائع ٥/ ٢٦٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٩

عنه، وقول آخر له بعدم اشتراط علم العاقد الآخر، وقول ثالث بالنظر إلى صاحب الخيار، فإن كان هو البائع فلا يشترط بل يقتصر اشتراط العلم في خيار المشتري لكن القول المشهور عنه عدم اشتراط علم العاقد الآخر بالفسخ ورجح ابن الهمام قول أبي يوسف هذا، وبيّن أن الفسخ بالقول هو الذي وقع الخلاف في جوازه بغير علم الآخر، وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا بين أئمة الحنفية.[١]

وعدم اشتراط علم العاقد الآخر بالفسخ هو مذهب الجمهور: المالكية والشافعية والحنابلة والروايات السابقة لبعض أئمة الحنفية، وهو مذهب الثوري وأبي ثور، على ما ذكر الطبري.[٢]

واستدلوا بان الفاسخ منها مسلط على الفسخ من جهة صاحبه الذي لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه، فهو كبيع الوكيل مع عدم علم الموكل وهو جائز، فلا يشترط الرضا هنا ولا هناك، ولهذا نظائر، منها: أن الفسخ كالإجازة في هذا، لأنهما شقيقان كلاهما لاستعمال الخيار فهو - كما قال البابرتي - قياس

(١) البدائع ٥/ ٢٧٣، الفتاوى الهندية ٣/ ٤٣، فتح القدير ٥/ ١٢٢، البحر الرائق ٦/ ١٨

(٢) المجموع ٩/ ٢٠٠، والمغني ٣/ ٥٢٩، وكشاف القناع ٣/ ٥١، والخرشي ٥/ ١٢٠ اختلاف الفقهاء للطبري (جزء البيوع) ص٤٥

لأحد شطري العقد على الآخر.[١]

٣ ـ أن لا ينشأ عن الفسخ تفريق الصفقة، أي أن يقع الفسخ على جميع الصفقة، فليس له أن يمضي العقد في بعض الصفقة ويفسخ في بعضها الآخر، لأن ذلك يؤدي إلى تفرق الصفقة.

ومثل ذلك يقال في الإجازة في البعض، فينشأ عنه تفريق الصفقة في اللزوم وهو لا يجوز إلا برضاهما.

والمالكية يجبرون العاقد على رد الجميع إن أجاز العقد في البعض ورد البعض حيث لم يرض العاقد الشركة، وقال الشافعية: لو أراد الفسخ في أحد الشيئين اللذين فيهما الخيار فالأصح لا يجوز لتفريق الصفقة، أما لو اشترى اثنان شيئا من واحد صفقة واحدة بشرط الخيار فلأحدهما الفسخ في نصيبه.[٢]

الأدلة: لكل من القائلين باشتراط علم العاقد الآخر أو عدم اشتراطه أدلة تدور بين وجوه من المعقول والاستشهاد بالنظائر الفقهية.

(١) الشرح الكبير على المقنع ٤/ ٦٩، والمجموع ٩/ ٢٠٠، والخرشي ٥/ ١٢٠، وفتح القدير ٥/ ١٢٢

(٢) البدائع ٥/ ٢٦٤ و٢٧٣ وفيه تعليل جيد للمنع، وتصريح بجواز هذا التفريق في المثليات، الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٢ وتذكرة الفقهاء ١/ ٥٢٢، والمجموع ٩/ ١٩٣

انتقال خيار الشرط:

أولا ـ انتقال الخيار بالموت:

٥٤ ـ ذهب مالك والشافعي إلى أن خيار الشرط ينتقل إلى الوارث بموت المورث، وذكر أبو الخطاب من الحنابلة وجها بإرث خيار الشرط مطلقا.

وقد علل القائلون بانتقال الخيار للوارث باعتبار الخيار من مشتملات التركة، لأنه حق ثابت لاصلاح المال، كالرهن وحبس المبيع على تحصيل الثمن. واستدلوا بأدلة من السنة والمعقول. فمن السنة قولهﷺ: «من ترك مالا أو حقا فلورثته»،[١] وخيار الشرط حق للمورث فينتقل إلى الوارث بموته كما يقضي الحديث.

ثم قاسوا خيار الشرط على خياري العيب والتعيين المتفق على انتقالهما للوارث بالموت، بجامع أن كلا من تلك الخيارات يتعلق بالعين فينتقل إلى الوارث بمجرد انتقالها.

وذهب الحنفية إلى أن خيار الشرط لا يورث، ومن عباراتهم في تقرير ذلك قول الزيلعي: الخيار صفة للميت، لأنه ليس هو إلا مشيئة وإرادة فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه.

(١) حديث: «من ترك مالا أو حقا فلورثته». أورده العيني (البناية ٦/ ٢٨٣) عند مناقشته أدلة القائلين بانتقال الخيار ولم نعثر على تخريج للرواية المشتملة على كلمة (حقا) فيما لدينا من كتب السنن والآثار. وأما قوله: «من ترك مالا فلورثته» فأخرجه البخاري (١٢/ ٩ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١٢٣٧ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة.

واستدلوا لمذهبهم بأن حق الفسخ بخيار الشرط لا يصح الاعتياض عنه فلم يورث، نظير حق الرجوع في الهبة قبل القبض إذا مات الواهب لم يورث عنه. وقالوا أيضا: خيار الشرط ليس وصفا بالمبيع حتى يورث بإرثه وإنما هو مشيئة وإرادة، فهو وصفٌ قائم بشخص من ثبت له فلا يورث عنه، لأن الإرث يجري فيما يمكن نقله، والوصف الشخصي لا يقبل النقل بحال. [1]

وذهب الحنابلة وحدهم إلى التفصيل بين مطالبة الميت بالخيار قبل موته أو عدم المطالبة، فإن مات صاحب الخيار دون أن يطالب بحقه في الخيار، بطل الخيار ولم يورث، أما إن طالب بذلك قبل موته فإنه يورث عنه. فالأصل أن خيار الشرط غير موروث إلا بالمطالبة من المشترط. [2]

وقد صوره بعض متأخري الحنابلة بأنه نقل، وتوريث من المورث لورثته بإراداته، حيث جاء في الفواكه العديدة قول الفقيه عبدالله بن ذهلان ـ شيخ المؤلف ـ: «إذا مات وورث خياره ورثته، لشرطه لهم فأسقطه أحد الورثة سقط

(١) المجموع ٩/ ٢٢٢ والدسوقي ٣/ ١٠٢ والقواعد لابن رجب ٣١٦، الخرشي ٤/ ٢٩، وفتح القدير ٥/ ١٢٥، والعناية ٥/ ١٢٥

(٢) المغني ٣/ ٥١٨، الفروع لابن مفلح مع تصحيح الفروع للمرداوي ٤/ ٩١، ومنتهى الإرادات ١/ ٣٥٩، وكشاف القناع ٤/ ٢١٠ و٢٢٥ ومطالب أولي النهى ٣/ ٩٩

خيار الجميع». [1] وقد جاءت تلك العبارة إيضاحا وتقييدا لعبارة أحد الكتب التي جاءت موهمة أن خيار الشرط يورث مطلقا، وليس الأمر كذلك بل يشترط لذلك مطالبة المورث بحق الخيار.

وأما ابن قدامة فقال: المذهب أن خيار الشرط بالنسبة للميت منهما يبطل بموته، ويبقى خيار الآخر بحاله، إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه فيكون لورثته. [2]

ثانيا: انتقال الخيار بالجنون وحالات الغيبوبة:

٥٥ ـ سبق مذهب الحنفية في أن الجنون يسقط الخيار على تفصيل ينظر في فقرة ٤١

وأما الشافعية فلا فرق عندهم بين البائع والمشتري، فقد ذهبوا إلى أنه إذا طرأ الجنون ـ أو الإغماء ـ على صاحب الخيار لم ينقطع خياره، بل يقوم وليه أو الحاكم مقامه فيفعل ما فيه الحظ من الفسخ والإجازة وكذلك إذا أصابه خرس ـ ولم تكن له إشارة مفهومة أو كتابة ـ نصب الحاكم نائبا عنه. [3]

ولم نجد للحنابلة كلاما في هذه المسألة.

أما المالكية فقد فرقوا بين الجنون والإغماء:

(١) الفواكه العديدة، للمنقور ١/ ٢٣٧

(٢) المقنع لابن قدامة، وحاشيته ٢/ ٤١، والمغني ٣/ ٤٩٤ م٢٧٦٩ و٣/ ٥٠٣ م٢٧٨٩، والقواعد لابن رجب ٣١٦

(٣) المجموع ٩/ ٢٢٥

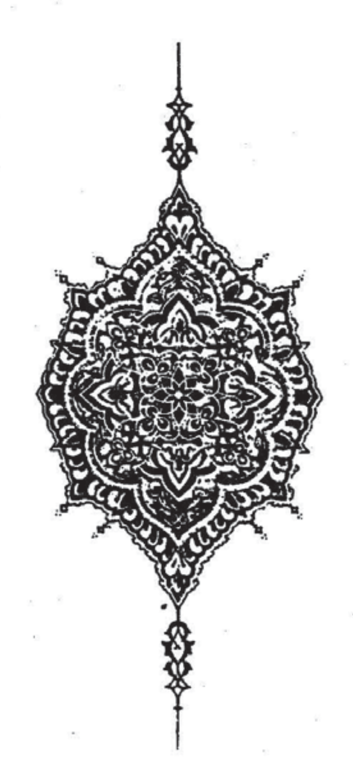
أ ـ ففي الجنـون إذا علم أنـه لا يفيق، أو يفيق بعـد وقت طويـل يضـر الانتظـار إليـه بالعـاقـد الآخر، ينظر السلطان أو نوابه في الأصلح له من امضـاء أو رد، ولـو لم ينظر السلطان حتى مضي جزء من المـدة فزال الجنون يحتسب ما مضى من المـدة على الظـاهـر، ولـو لم ينظر حتى أفاق بعد أمـد الخيـار لا يستأنف له أجـل على الظـاهر، والمبيـع لازم لمن هو بيـده. ومثـل المجنـون ـ في الحكم ـ المفقـود، على الـراجـح، وقيـل: هو كالمغمى عليه.

ب ـ وفي الإغـماء ينتظـر المغمى عليـه لكي يفيق ويختـار لنفسـه، إلا إذا مضى زمن الخيـار وطـال إغـماؤه بعـد مضي المـدة بما يحصـل به الضـرر للآخر فيفسخ. ولا ينظر له السلطان.

فإن لم يفسـخ حتى أفـاق بعـد أيـام الخيـار استؤنف له الأجـل، وهـذا الحكم خلاف ما مر في المجنون.[١]

هذا وقـد يزول الطـارىء الـذي نقـل الخيار بسببـه من صاحبـه إلى غيره، كالجنـون النـاقل للخيـار إلى السلطـان، لو أفاق بعده لا عبرة بما يختاره بل المعتبر بها نظره السلطان.

هذا ما ذهب إليـه المـالكيـة، وخـالفهم فيـه الشـافعيـة، ففي هذه الحـال: لو أفـاق العـاقد وادعى ان الغبطة خلاف ما فعله القيّم عنه ينظر الحاكم في ذلك، فإن وجد الأمر كما يقول المفيق مكنّـه من الفسـخ والإجـازة ونقض فعل القيّم، وإن لم يكن ما ادعـاه المفيق ظاهرا، فالقول قول القيّم مع يمينه، لأنه أمين فيما فعله إلا أن يقيم المفيق بينة بما ادعاه.[١]



(١) الدسوقي ٣/ ١٠٣، الخرشي ٤/ ٢٩

(١) الدسوقي ٣/ ١٠٣، والمجموع ٩/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦

خيار العيب

التعريف :

١ ـ (خيار العيب)[1] مركب إضافي من الكلمتين (خيار) و(عيب). أما كلمة خيار فقد سبق عند تعريف الخيار بوجه عام بيان معناها اللغوي والاصطلاحي أيضا.

أما كلمة عيب، فهي في اللغة مصدر الفعل عاب، يقال: عاب المتاعُ يعيب عيبا: أي صار ذا عيب، وجمعه عيوب وأعياب. قال الفيومي: استعمل العيب اسما وجمع على عيوب. والمعيب مكان العيب وزمانه.[2]

وأما في الاصطلاح فللفقهاء تعاريف متعددة للعيب، منها: ما عرفه به ابن نجيم وابن الهمام بأنه: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا.[3] وعرفه ابن رشد بأنه: ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصانا له تأثير في ثمن المبيع.[1]

وعرفه الغزالي بأنه: كل وصف مذموم اقتضى العرف سلامة المبيع عنه غالبا.[2]

مشروعية خيار العيب:

٢ ـ لا خلاف بين الفقهاء في الرد بالعيب في الجملة.

واستدلوا بأدلة من الكتاب والسنة والقياس:

فمن الكتاب: استدلوا بعموم قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾[3] والوجه في الاستدلال أن العلم بالعيب في المبيع مناف للرضا المشروط في العقود، فالعقد الملتبس بالعيب تجارة عن غير تراض.[4]

فالآية تدل على أن العاقد لا يلزمه المعقود عليه المعيب، بل له رده والاعتراض، بقطع النظر عن طريقة الرد والإصلاح لذلك الخلل في تكافؤ المبادلة.[5]

ومن السنة: عن عائشة رضي الله عنها أن رجلا ابتاع غلاما، فاستغله، ثم وجد به عيبا فرده بالعيب، فقال البائع: غلة عبدي، فقال

(١) هذه التسمية خاصة بالجمهور، ويسمى عند المالكية خيار النقيصة في الغالب.

(٢) القاموس المحيط، وتاج العروس، والمصباح المنير، والمعجم الوسيط، ولسان العرب ٢/ ١٢٤ ـ ١٢٥ (كلها مادة: عيب).

(٣) حدود الفقه، لابن نجيم، من مجموعة رسائله المطبوعة عقب الأشباه ١/ ٣٢٧، فتح القدير ٥/ ١٥١

(١) بداية المجتهد ٢/ ١٧٣

(٢) الوجيز ٢/ ١٤٢

(٣) سورة النساء / ٢٩

(٤) الإيضاح للشماخي ٣/ ١٣١

(٥) بداية المجتهد ٢/ ١٧٣

النبي ﷺ «الغلة بالضمان» وفي رواية: «الخراج بالضمان». [(١)] واستدل الكاساني بحديث المصراة على مشروعية خيار العيب. [(٢)]

واستدلوا بالقياس على الخيار في المصراة، والجامع بينهما عدم حصول المبيع السليم، لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم ولم يسلم له ذلك. [(٣)]

قال ابن قدامة: إثبات النبي ﷺ الخيار بالتصرية تنبيه على ثبوته بالعيب. [(٤)]

وجوب الإعلام بالعيب، وأدلته:

٣ - وجوبه على العاقد:

ذهب الفقهاء إلى أن على البائع إعلام المشتري بالعيب الذي في مبيعه، وذلك فيما يثبت فيه خيار، أما إن لم يكن مسببا للخيار فترك التعرض له ليس من التدليس المحرم كما قال إمام الحرمين، وقد صرح هؤلاء بأن الإعلام بالعيب مطلوب على سبيل الوجوب، فإذا لم يبينه فهو آثم عاص، ولا خلاف فيه بين العلماء - على ما ذكر ابن قدامة والسبكي وغيرهما - [(١)] وجعله ابن رشد (الجد) من أكل المال بالباطل وتحريمه معروف. [(٢)]

ودل على هذا عدة أحاديث، منها:

حديث عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينه له». [(٣)]

وعن واثلة بن الأسقع رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل لأحد يبيع شيئا إلا يبين ما فيه، ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه». [(٤)]

وهناك أحاديث أخرى تشهد للمعنى السابق

---

(١) حديث عائشة: أخرجه أحمد (٦/ ٨٠ - ط الميمنية) وأخرج اللفظ الثاني أبو داود (٣/ ٧٨٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) وصححه ابن القطان كما في التلخيص الحبير (٣/ ٢٢ - ط شركة الطباعة الفنية).

(٢) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤ وحديث المصراة أخرجه مسلم (٣/ ١١٥٨ - ط الحلبي) من حديث أبي هريرة، ونصه: «من اشترى شاة مصراة، فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها، ورد معها صاعا من تمر».

(٣) تكملة المجموع للتقي السبكي ١٢/ ١١٦ - ١١٧

(٤) المغني ٤/ ١٠٩م ٢٩٩٩

---

(١) رد المحتار ٥/ ٤٧، المغني ٤/ ١٠٩م ٢٩٩٨، تكملة المجموع ١٢/ ١١٠ و١١٢

(٢) المقدمات ص/ ٥٦٩، الدسوقي ٣/ ١١٩، معالم القربة في الحسبة لابن الأخوة ١١٣ و١٣٥ و١٥٣، الدرر البهية للشوكاني ٢/ ١١٩، كفاية الطالب ٢/ ١٢١

(٣) حديث عقبة بن عامر: «المسلم أخو المسلم». أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٥٥ - ط الحلبي) والحاكم (٢/ ٨ - ط دائرة المعارف العثمانية) وصححه الحاكم ووافقه الذهبي.

(٤) حديث واثلة: «لا يحل لأحد يبيع شيئا إلا يبين ما فيه». أخرجه أحمد (٣/ ٤٩١ - ط الميمنية). وقال الشوكاني: «في إسناده أبو جعفر الرازي وأبو سباع، والأول مختلف فيه، والثاني قيل إنه مجهول»، كذا في نيل الأوطار (٥/ ٢٣٩ - ط الحلبي).

لورودها بتحريم الغش، وكتمان العيب غش ـ كما صرح السبكي ـ وذلك كحديث أبي هريرة: «من غشنا فليس منا» أخرجه مسلم وهو وارد في قصة هي: أنه ﷺ مرّ على صُبرة طعام فأدخل يده فيها، فنالت أصابعه بللا، فقال: «ماهذا ياصاحب الطعام؟» قال: أصابته السماء يارسول الله (يعني المطر) قال: «أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس، من غش فليس مني». [١] وهذا الحديث يشير إلى الإعلام بالعيب بالفعل المجزىء عن صريح القول:

وهل يظل الإثم لورضي المشتري بالعيب بعد ظهوره، ذلك ما جزم به الشوكاني في الدرر البهية قائلا: (إن رضيه فقد أثم البائع، وصح البيع). [٢]

حكم البيع مع الكتمان:

٤ ـ البيع دون بيان العيب المسبب للخيار صحيح مع المعصية عند جمهور الفقهاء.

واستدلوا بحديث المصراة المثبت الخيار للمشتري، وذلك مبني على صحة البيع، والتصرية عيب، وهاهنا التدليس للعيب وكتمانه لا يبطل البيع، لأن النهي لمعنى في العقد، فلا يمنع صحة العقد، بخلاف ما لو كان متوجها إلى المعقود عليه لمعنى فيه، أو لاستلزامه أمرا ممنوعا، أما هنا فالعقد ليس منهيا عنه أصلا (لا لمعنى فيه ولا لاستلزامه ممنوعا) بل قد تحقق بكتمان العيب ما هو منهي عنه وهو الغش، وتلك أدنى مراتب النهي الثلاث فلا إثم في العقد، بل الإثم في الكتمان، لأن النهي عن الكتمان لا عن العقد. [١]

ومما هو صريح في الباب من فعل الصحابة ما أخرجه البخاري أن ابن عمر اشترى إبلا هِيماً، [٢] فلما أخبر بعيبها رضيها وأمضى العقد. [٣]

وجوبه على غير العاقد:

٥ ـ وجوب الإعلام بالعيب لا يقتصر على البائع، بل يمتد إلى كل من علم بالعيب لحديث واثلة ـ والقصة المروية بأنه فعل ذلك حين كتم البائع العيب ـ [٤] والأحاديث الأخرى العديدة في وجوب النصح، وقد نص على هذا

---

(١) حديث: «من غشنا فليس منا...» وحديث: «من غش فليس مني...» أخرجهما مسلم (١/ ٩٩ ـ ط الحلبي).

(٢) الدرر البهية للشوكاني بشرح صديق حسن خان (٢/ ١١٩)

(١) تكملة المجموع ١٢/ ١١٢ ـ ١١٤، المغني ٣/ ٣٥٥ ـ ٣٥٦، ٤/ ١٠٩م ٢٩٩٨، الدرر البهية للشوكاني ٢/ ١٢٩

(٢) مصابة بداء كالحمى، يجعلها تعطش فلا تروى. المصباح المنير.

(٣) أثر ابن عمر أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٣٢١ ـ ط السلفية).

(٤) حديث واثلة تقدم هامش ٤ ف٣.

من الشافعية الشيرازي، وابن أبي عصرون، والنووي، وقال السبكي: وذلك مما لا أظن فيه خلافا.

ويتأكد الوجوب حيث ينفرد الأجنبي بعلم العيب دون البائع نفسه، أما إن كانا يعلمانه فالوجوب حيث يعلم، أويظن، أويتوهم أن البائع لم يُعلمه به، أما إن علم قيام البائع بذلك - أوغلب على ظنه أنه يقوم بذلك لتدينه - فهناك احتمالان أحدهما: عدم الوجوب خشية إيغار صدر البائع لتوهمه سوء الظن به، والاحتمال الثاني: وجوب الاستفسار من المشتري هل أعلمه البائع بالعيب.

ووقت الإعلام في حق البائع والأجنبي قبل البيع، ليكف عن الشراء، فإن لم يكن الأجنبي حاضرا، أولم يتيسر له فبعده، ليتمكن المشتري من الرد بالعيب.[1]

حكمة تشريع خيار العيب :

الحكمة في مشروعية خيار العيب دفع الضرر عن العاقد (المشتري) لأنه رضي بالمبادلة بطريق البيع، والبيع يقتضي سلامة المبيع عن العيب، ووصف السلامة يفوت بوجود العيب، فعند فواته يتخير، لأن الرضا داخل في حقيقة

(١) تكملة المجموع ١٢/١١٢

البيع، وعند فواته ينتفي الرضا، فيتضرر بلزوم ما لا يرضى به.[1]

شرائط خيار العيب :

٦ - يثبت خيار العيب للمشتري بشرائط ثلاث:

١ - ظهور عيب معتبر.

٢ - أن يكون المشتري غيرعالم بالعيب عند العقد.

٣ - أن لا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب.

(الشريطة الأولى) ظهور عيب معتبر:

٧ - المراد بهذه الشريطة بروز العيب وانكشافه بعدما كان خفيا عن المشتري، فلا حكم للعيب قبل ظهوره، لأن المفترض أنه خفي ومجهول للمشتري فكأن المبيع كان سالما - في نظره - حتى وجد فيه عيبا.

والمراد بكونه معتبرا أن يكون عيبا بالمعنى المصطلح عليه فقها - لا مطلق العيب لغة - وأن ذلك لا يتم إلا بأن يتحقق فيه أمران هما:

١ - كون العيب مؤثرا في نقص القيمة أو فوات غرض صحيح.

٢ - كون الأصل في جنس المعقود عليه السلامة من العيب.

(١) البدائع ٥/ ٢٧٤ والفتاوى الهندية ٣/ ٦٦ نقلا عن السراج الوهاج، العناية شرح الهداية للبابرتي ٥/ ١٥١ - ١٥٢

الأمر الأول ـ نقص القيمة، أو فوات غرض صحيح :

٨ ـ ذكر الحنفية هذا الضابط للعيب: هو كل ما يوجب نقصانا في القيمة عند أهل الخبرة سواء نقص العين أم لم ينقصها. [1]

وقد يعبر بعض الحنفية ـ وغيرهم ـ بالثمن بدل القيمة، وهي المرادة، قال ابن عابدين: لما كان الثمن في الغالب مساويا للقيمة عبروا به عنها.

والعيب الفاحش في المهر كل ما يخرجه من الجيد إلى الوسط، ومن الوسط إلى الرديء. وإنما لا يرد المهر بيسير العيب إذا لم يكن كيليا أو وزنيا، وأما الكيلي والوزني فيرد بيسيره أيضا. [2]

قال في «مختار الفتاوى»: والحد الفاصل فيه: كل عيب يدخل تحت تقويم المقومين، بأن يقومه مقوم صحيحا بألف، ومع العيب بأقل، ويقومه مقوم آخر مع هذا العيب بألف فهو يسير، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين بأن اتفق المقومون في تقويمه صحيحا بألف، واتفقوا في تقويمه مع هذا بأقل فهو فاحش. [1]

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن خيار العيب لا يدخل في الزواج، وقال محمد: للمرأة حق الفسخ بعيوب ثلاثة: الجنون، والجذام، والبرص، لأن المرأة لا تطيق المقام مع زوج فيه أحدها، وجاء في الزيلعي والبدائع أن ذكر هذه الأشياء على سبيل التمثيل، وأن كل عيب تتضرر به المرأة تستحق به فسخ العقد. وذهب الأئمة الثلاثة إلى أن التفريق بسبب العيب، ولكن بعيوب تخل بمقصد الزواج كالعيوب الثلاثة المذكورة.

وتفصيل ذلك في مصطلح: «نكاح».

وضابطه عند الشافعية: المنقص للقيمة أو العين نقصانا يفوت به غرض صحيح، بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه. وقد اشتمل هذا الضابط على العنصرين المقومين له في حين خلا منه تعريف الحنفية، وقال السبكي: إن هذا الضابط يرجح عن ضوابط كثيرة أحيل فيها على العرف دون ضبط العيب، ومجرد الإحالة على العرف قد يقع منها في بعض الأوقات إلباس. [2] وأن اشتراط فوات

(١) رد المحتار ٤/ ٧٤، فتح القدير ٥/ ١٥١، العناية ٥/ ١٥٣، البدائع ٥/ ٢٧٤، وذكر أنه يستوي في الحكم أن يكون النقصان الناشيء عن العيب فاحشا أو يسيرا، ويقارن هذا بتفرقة المالكية بين العيب الكثير، والمتوسط، واليسير، وستأتي. مغني المحتاج ٢/ ٥١، فتح القدير ٦/ ١١

(٢) جامع الفصولين (١/ ٢٥٠) نقلا من عدة المتقين للنسفي، والفتاوى الهندية (٣/ ٦٦) نقلا من شرح الطحاوي والبحر الرائق.

(١) الفتاوى الهندية (١/ ٦٦) متبوعا بعبارة «هذا هو المختار للفتوى».

(٢) تكملة المجموع ١٢/ ٣٤٠

غرض صحيح هو للاحتراز عن النقص اليسير في فخذ شاة أو ساقها بشكل لا يورث شيئا، ولا يفوت به غرض صحة الأضحية، بخلاف ما لو قطع من أذنها ما يمنع التضحية بها.

ويرى الحنابلة أن نقص العين وحده كاف ولو لم تنقص به القيمة، بل زادت! وبالمقابل إن من العيب نقص القيمة (أو المالية بعبارة ابن قدامة) عادة في عرف التجار وإن لم تنقص عينه، على أن تكون تلك نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالبا، لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصا فيها يكون عيبا.[1]

وقد ذكر المالكية أن مما يعد عيبا، البيت الذي قتل فيه إنسان وأصبح يوحش ساكنيه وتنفر نفوسهم عنه، ويأبى العيال والأولاد سكناه وتتراءى لهم بسبب تلك الوحشة خيالات شيطانية مفزعة مقلقة. وقد جعلوه مما ينفر الناس عنه، وتقل الرغبة فيه، فيبخس ثمنه، فهو من تطبيقات نقص القيمة.[2]

الأمر الثاني ـ كون الأصل سلامة أمثال المبيع من العيب:

٩ ـ المراد أن السلامة من ذلك الوصف العارض هي الأصل في نوع المبيع وأمثاله، أما إن كان من المألوف وجوده في أمثاله، فإنه لا يعد عيبا معتبرا. وقد اختلفت تعابير الفقهاء عن هذا الأمر مع اتفاقهم عليه. وقد استدركه ابن عابدين على ضابط الحنفية من الشافعية قائلا: وقواعدنا لا تأباه.[1] وضربوا لذلك مثلا بوجود الثفل في الزيت بالحد المعتاد، فمن تعابير الفقهاء في اعتماد هذا الأمر، ليكون العيب معتبرا، التعبير بكون الغالب في جنس المبيع عدمه، أو اقتضاء العرف سلامة المبيع عنه غالبا، أو ما خالف الخلقة الأصلية، أو أصل الخلقة، أو الخروج عن المجرى الطبيعي، أو ما نقص عن الخلقة الأصلية أو الخلق الشرعي (كما يقول ابن رشد)، أو ما خالف المعتاد، أو ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة.[2]

الرجوع للعرف في تحقق ضابط العيب

١٠ ـ تواردت نصوص الفقهاء على أن المرجع في كون العيب مؤثرا (أي مؤديا إلى نقصان القيمة، وكون الأصل في جنس المبيع عدمه)

---

(١) كشاف القناع ٣/ ٢١٥، والمغني ٤/ ١١٥ م٣٠١٠

(٢) المعيار للونشريسي، طبعة حجرية بالمغرب ٥/ ١٨٠، والخرشي ٥/ ١٢٧

(١) رد المحتار ٤/ ٧١

(٢) بداية المجتهد ٢/ ١٧٤، مغني المحتاج ٢/ ٥١، الوجيز ٢/ ١٤٢، المكاسب ٢٦٧ نقلا عن قواعد الحلي، تذكرة الفقهاء ١/ ٥٤٠، فتح القدير ٥/ ١٥١ شرح المجلة لعلي حيدر (ترجمة الحسيني) ٢٨٤ وشرح المجلة للمحاسني ١/ ٢٦٧ «ما تقتضي النظرة السليمة أن يكون خاليا منه».

إلى أهل الخبرة بذلك. قال ابن الهمام: وهم التجار، أو أرباب الصنائع إن كان الشيء من المصنوعات، وقال الكاساني: التعويل في الباب على عرف التجار، فما نقص الثمن (أي القيمة) في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار. [1]

وقال الحطاب: التعويل في اعتبار الشيء عيبا أو عدمه هو على عرف التجار . . وإن كان عامة الناس من غير التجار يرونه، أو لا يرونه. [2] ولاشك أن ذكر التجار ليس تخصيصا، بل المراد أهل الخبرة في كل شيء بحسبه.

وهل يشترط إجماع أهل الخبرة على الحكم بكون الشيء عيبا؟ هذا ما ذهب إليه الحنفية، فقد ذكر ابن عابدين أنه إذا اختلف التجار فقال بعضهم: إنه عيب، وقال بعضهم: ليس بعيب لم يكن له الرد، إذ لم يكن عيبا بينا عند الكل.

وفي مذهب الشافعية لا يطلب هذا الإجماع بل التعدد غير مطلوب على ما نقل السبكي عن صاحبي التهذيب والعدة، والاكتفاء بقول واحد، وعن صاحب التتمة لابد من شهادة اثنين. ثم قال: لو اختلفا هل هو عيب وليس هناك من يرجع إليه فالقول قول البائع مع يمينه. [1]

شرائط تأثير العيب :

١ - أن يكون العيب في محل العقد نفسه :

١١ - ففي البيع لابد أن يكون في نفس المبيع، وهذا طبيعي، فالعيوب في غير المبيع لا أثر لها كالعيوب في شخص العاقد الآخر، أو العيب في الرهن المقدم، أو الكفيل ونحوه. . وضرب له ابن عابدين مثلا بما إذا باع حق الكدك (من حقوق الارتفاق في العقار) في حانوت لغيره فأخبر المشتري أن أجرة الحانوت كذا فظهر أنها أكثر، فليس له الرد بهذا السبب، لأن هذا ليس بعيب في المبيع. [2]

٢ - أن يكون العيب قديما :

١٢ - والمراد بالقديم ما قارن العقد أو حدث قبل القبض. فالمقارن مجمع عليه، ودليل ما وجد قبل القبض، أن المبيع من ضمان البائع فكذا جزؤه وصفته. [3]

أما إذا لم يكن العيب قديما بل حدث بعد التسليم فلا يثبت الخيار، لأنه لفوات صفة

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤، الهداية وفتح القدير ٥/ ١٥٣، والفتاوى الهندية ٣/ ٦٧، والمغني ٤/ ١٣٧، والمبسوط للسرخسي ١٣/ ١٠٦ وقال: «وفي كل شيء إنما يرجع إلى أهل تلك الصنعة». والمجموع ١٢/ ٣٤٤

(٢) الحطاب على خليل ٤/ ٤٣٦

(١) تكملة المجموع ١٢/ ٣٤٣ - ٣٤٤

(٢) رد المحتار ٤/ ٧٢

(٣) شرح الروض ٢/ ٦٠، بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ١٧٦

السلامة المشروطة دلالة في العقد، وقد حصل المعقود عليه سليما في يد المشتري، إذ العيب لم يحدث إلا بعد التسليم.

قال المرغيناني: العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد. [1]

وقد خالف في هذا المالكية فأخذوا بقضية العهدة: وهي عهدتان، الأولى في عيوب الرقيق ويقولون فيها بعهدة الثلاث، والثانية في عيوب الجنون والجذام والبرص، ويقولون فيها بعهدة السنة، وتفصيله في مصطلح: (عهدة). [2]

ويستثنى من هذه الشريطة عقد الإجارة، عند الحنفية فقد نصوا على أنها تفسخ بعيب حادث وذلك لأنها عقد على المنافع، وهي تحدث شيئا فشيئا، ووجود العيب يحول دون الانتفاع فيعتبر ولو كان حادثا. [3]

٣ ـ أن لا يكون العيب بفعل المشتري قبل القبض:

١٣ ـ يعتبر في منزلة العيب الحادث عند المشتري ما لو كان العيب قديما (حصل قبل القبض) ولكنه وجد بفعل وقع على المبيع من المشتري قبل أن يقبضه. وهذا القيد كالاستثناء على ما قبله. ويدل عليه جملة من الفروع التي ذكرها الشافعية ـ وقواعد غيرهم لا تأباه ـ وقد صرح الشيرازي بأنه حينئذ يفقد العيب أثره. [1]

٤ ـ أن يكون العيب باقيا بعد التسليم ومستمرا حتى الرد:

١٤ ـ والمراد من بقائه أن يثبت عند المشتري بعد التسليم، إما بأن يظل موجودا في محل العقد بعد القبض، وإما بأن يخفى عند التسليم ثم يظهر ثانية فلا يكتفى بثبوت قدمه عند البائع وظهوره قبل العقد عنده فقط، كما لا يكتفى بظهوره بعد العقد ثم خفائه بعد التسليم، بل لابد من أن يعود للظهور ثانية عند المشتري بعد التسليم ويستمر باقيا إلى حين الرد.

ففي شريطة البقاء ـ أو المعاودة ـ احتراز عن العيب القديم إذا ظهر عند المشتري بعد التسليم، وعزم على الرد، ثم زال العيب قبل الرد. [2] لأن الرد إنما هو للعيب ـ فهو سببه ـ والمعقود عليه أضحى سليما فلا قيام للخيار مع

---

(١) الهداية وفتح القدير ٥/ ١٧١، والبدائع ٥/ ٢٧٥، والفتاوى الهندية ٣/ ٦٦، والمقدمات ص٥٨٠، وتحفة المحتاج بحاشية الشرواني ٤/ ١٤٠، والشرح الكبير على المقنع ٤/ ٩٠

(٢) بداية المجتهد ٢/ ١٤٤

(٣) رد المحتار نقلا عن جامع الفصولين ٤/ ٧١، وترتيب الأشباه ٢٦٣

---

(١) المجموع شرح المهذب ١٢/ ١٢٦، وحاشية الشرواني على التحفة ٤/ ١٤٠

(٢) الهندية ٣/ ٦٩ نقلا عن السراج الوهاج.

سلامته. هكذا الحكم عند الحنفية والشافعية حيث صرح الكاساني بأن العيب الثابت عند البائع محتمل الزوال قابل الارتفاع، فلا يثبت حق الرد بالاحتمال، فلابد في صفة العيب من ثبوتها عند المشتري ليعلم أنها قائمة. وذكر الشرواني من الشافعية أن العيب المعتبر هو ما قارن العقد، أوحدث قبل القبض، وقد بقي إلى الفسخ. (١)

٥ ـ أن لا تمكن إزالة العيب بلا مشقة:

١٥ ـ أما لو أمكن ذلك فلا يقوم حق الخيار، وذلك كما لو كان على القماش طابع المصنع مثلا، وكان مما لا يضره الغسل، أويمكن جعله من جهة البطانة، وكما لو كان بالثوب نجاسة وهو مما لا يفسد بالغسل ولا ينتقص، للتمكن من غسله. (٢)

وكثيرا ما يهون البائع من شأن العيب وأنه سهل الإزالة، أو لا يكلف إلا قليلا لإصلاحه ثم يظهر العكس فما مصير خيار العيب بعد الرضا من المشتري؟ نص المالكية على ثبوت خيار الرد للمشتري عندئذ مالم يحدث لديه عيب فيتخير بين الرد والأرش، جاء في نوازل

(١) الشرواني على تحفة المحتاج لابن حجر ٤/ ١٤٠، الفتاوى الهندية ٣/ ٦٩، البدائع ٥/ ٢٧٦، فتح القدير ٥/ ١٥٣ ـ ١٥٤

(٢) رد المحتار ٤/ ٧٢ وفتح القدير ٦/ ٢

الونشريسي أنه سئل عمن اشترى دابة وبها جرح رمح، فرضي بعدما قال البائع له هو جرح لا يضرها، جرح قد برىء، فتغيب هذا المشتري نحوا من سنة ثم ظهر الجرح فادحا. (فأجاب) إن لم يحدث بها عنده عيب مفسد فهو مخير بين أن يردها أويتماسك ولا شيء له من قيمة العيب، فإن حدث عند المشتري عيب بعد، فإن شاء ردها وقيمة العيب الحادث عنده، وإن شاء أمسكها وأخذ قيمة العيب بين الصحة والداء. (١)

طرق إثبات العيب: (٢)

١٦ ـ إثبات العيب يختلف باختلاف العيب من حيث درجة الظهور. والعيب أربعة أنواع:

١ ـ عيب ظاهر مشاهد.

٢ ـ عيب باطن خفي، لا يعرفه إلا أهل الخبرة.

٣ ـ عيب لا يطلع عليه إلا النساء.

٤ ـ عيب لا يعرف بالمشاهدة المجردة بل يحتاج إلى التجربة والامتحان عند الخصومة.

١ ـ العيب المشاهد: لا حاجة لتكليف

(١) المعيار للونشريسي (طبعة حجرية بالمغرب) ٥/ ١٧٨

(٢) رد المحتار ٤/ ٩٢ والبدائع ٥/ ٢٧٩، مع الإحالة إلى مواطن لهذا الموضوع، كالفتاوى الهندية ٣/ ٨٦ ـ ٩٤ جامع الفصولين ٢/ ٢٥٠، فتح القدير ٥/ ١٧٦ تذكرة الفقهاء ٧/ ٥٢٤، كشاف القناع ٣/ ١٧٣، الشرح الكبير على المقنع ٤/ ١٠٠، الخرشي ٥/ ١٤٩، مغني المحتاج ٢/ ٦١، المبسوط ١٣/ ١١١

المشتري إقامة البينة على وجود العيب عنده، لكونه ثابتا بالعيان والمشاهدة، وللمشتري حق خصومة البائع بسبب هذا العيب، وللقاضي حينئذ النظر في الأمر.

فإن كان العيب لا يحدث مثله عادة في يد المشتري، كالأصبع الزائدة ونحوها، فإنه يرد على البائع، ولا يكلف المشتري بإقامة البينة على ثبوت العيب عند البائع لتيقن ثبوته عنده، إلا أن يدعي البائع الرضا به والإبراء عنه، فتطلب البينة منه.

فإن أقام البينة عليه قضي بذلك، وإلا استحلف المشتري على دعواه، فإن نكل (أحجم عن اليمين) لم يرد المبيع المعيب على البائع، وإن حلف رد على البائع. وأما إن كان العيب مما يجوز أن يحدث مثله في يد المشتري فإنه يستحلف بالله على البتات، أي بشكل بات قاطع جازم، لا على مجرد نفي العلم: «لقد بعته وسلمته، وما به هذا العيب، لا عند البيع ولا عند التسليم».[(١)]

٢ ـ العيب إذا كان باطنا خفيا لا يعرفه إلا المختصون كالأطباء والبياطرة مثل وجع الكبد والطحال ونحوه، فإنه يثبت لممارسة حق الخصومة بشهادة رجلين مسلمين، أو رجل مسلم عدل من أهل الخبرة.

٣ ـ العيب الذي لا يطلع عليه إلا النساء: يرجع القاضي فيه إلى قول النساء بعد أن يرين العيب، ولا يشترط العدد فيهن، بل يكفي قول امرأة واحدة عدل، والثنتان أحوط، لأن قول المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة في الشرع، كشهادة القابلة في النسب.

فإذا شهدت المرأة على العيب، فهناك روايات متعددة عن كل واحد من صاحبي أبي حنيفة، ومحصلها أن شهادة المرأة الواحدة أو الثنتين يثبت بها العيب الذي لا يطلع عليه الرجال في حق توجه الخصومة، لا في حق الرد.

٤ ـ العيب الذي ليس بمشاهد عند الخصومة ولا يعرف إلا بالتجربة: كالإباق: فلا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.[(١)]

وإذا لم يستطع المشتري إثبات العيب عنده، هل يستحلف القاضي البائع على ذلك أم لا؟

قال الصاحبان: يستحلف. وقال أبو حنيفة: لا يستحلف.

وكيفية استحلاف البائع: هي أن يحلف على العلم، لا على البتات أي الجزم والقطع فيقول: بالله ما يعلم أن هذا العيب موجود في هذا الشيء الآن، والسبب في ذلك: هو أنه يحلف على غير فعله، ومن حلف على غير فعله، يحلف على العلم، لأنه لا علم له بما

---

(١) رد المحتار ٤/ ٩٢، ومختصر الطحاوي ص٨٠

(١) تكملة المجموع ١/ ١١٦

ليس بفعله، أما من حلف على فعل نفسه فيحلف على البتات (أي بصيغة البت والجزم)، فإن نكل أي البائع عن اليمين، ثبت العيب عند المشتري، فيثبت له حق الخصومة، وإن حلف برىء.[1]

(الشريطة الثانية) الجهل بالعيب:

١٧ ـ فلابد أن يكون المشتري غير عالم بالعيب، قال السبكي: «عند العلم لا خيار».[2]

وسواء في العلم المحترز عنه أن يكون عند العقد، أو بعده عند القبض، فلو اشترى شيئا وهو عالم بعيبه عند العقد، أو اشتراه جاهلا بعيبه ثم علم به عند القبض فقبضه عالما بعيبه لم يكن له حق الخيار، لأن إقدامه على الشراء مع علمه بالعيب رضا به دلالة، وكذلك علمه عند القبض، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض، فكان العلم عنده كالعلم عند العقد، فكان عليه لبقاء حقه في الخيار أن يمتنع من القبض عند علمه بالعيب، فلما لم يفعل كان راضيا به. قال ابن الهمام: (العلم بالعيب عند البيع أو القبض مسقط للرد والأرش).[3]

(١) تكملة المجموع ١٢/ ١١٦

(٢) المرجع نفسه.

(٣) البدائع ٥/ ٢٧٦ الهندية ٣/ ٦٧، فتح القدير ٥/ ٨١ و١٥٣ ونص ما في الهداية (٥/ ١٥٣): «والمراد عيب كان=

١٨ ـ ومن المقرر أن خيار العيب إنما هو للعيوب الخفية التي لا تدرك بالنظر، أما لو كان العيب بارزا لا يخفى عند الرؤية غالبا فيعتبر المتعاقد عالما به. ومثله ما لو كان يحتاج إلى مزيد تأمل فدل البائع المشتري على موضع العيب أو صفته، فإن ذلك يحول دون ثبوت الخيار للمتعاقد الآخر الذي تعامى عن إبصار العيب الواضح. كما لا يقبل قوله لم أره، بخلاف ما إذا كان العيب لا يعاين، فهو على الأصل من قيام الخيار بشرائطه.[1]

ومن ذلك ما لو كان العيب خفيا، لكن المتعاقد صرح به وذكره على سبيل اشتراط أنه موجود ظاهر. كما لو كان المبيع ثورا باعه على شرط أنه يرقد في المحراث أو يعصي في الطاحون، أو باع فرسا على شرط أنها جموح، ثم تبين كذلك، فالبائع بريء.

وليس من ذلك ما لو كان يحتاج إلى خبرة خاصة، ومثلوا لذلك بما إذا أقبض المشتري الثمن، وقال للبائع استنقده فإن فيه زيفا، فقال: رضيت بزيفه فطلع فيه زيف، ذكر ابن حجر الهيتمي: أن بعضهم أفتى بأنه لا رد له به، ولم يرتضه قائلا: ووجه رده أن الزيف

= عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض، لأن ذلك رضا به».

(١) تحفة المحتاج شرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ٤/ ١٥١

لا يعرف قدره في الدرهم بمجرد مشاهدته فلم يؤثر الرضا به. ويفهم من هذا أن الإعلام بالعيب - الذي ينتفي به الخيار - هو الإعلام المفيد، وهنا لم يستفد إلا وجود زيف في الثمن، أمّا كم هو؟ فلم يحدد. [1]

١٩ - وقد تعرض الفقهاء إلى صورة ربما كانت نادرة في السابق، إلا أنها أصبحت الآن محتملة الوقوع كثيرا لتنوع خصائص الأشياء وخفاء عللها، بحيث يرى المرء الأمر الذي يلابسه العيب ولكنه يظن أنه ليس بعيب، أويعلمه عيبا ولكن يحسبه لا ينقص القيمة وهو بخلاف ذلك. فإذا علم المشتري بالأمر المعتبر عيبا دون أن يدري أنه عيب وقبضه، ثم علم بعد القبض أنه عيب، فالحكم هنا أن ينظر: إن كان عيبا بيّنا لا يخفى على الناس لم يكن له الرد، وإن كان يخفى ولا يعرفه إلا ذوو الخبرة أو المختصون بتلك الأشياء فله الرد.

(الشريطة الثالثة) عدم البراءة :

٢٠ - يشترط لقيام الخيار أن لا يكون البائع قد اشترط البراءة من العيب أو العيوب التي في المبيع. ولهذه الشريطة تفاصيل وافية، بل اقترانها بالبيع يجعل منه نوعا خاصا من أنواع البيوع يدعى بيع البراءة. [2]

(١) الشرواني على تحفة المحتاج ٤/ ١٥١ - ١٥٢

(٢) قال السبكي: هذا الفصل باب مستقل، بوّب عليه المزني والأصحاب بباب بيع البراءة وكثير من الأصحاب =

مسائل البراءة :

٢١ - حكمها ومجالها : اشتراط البراءة من العيب جائز عند الحنفية سواء أكان العيب معلوما للمشترط أم مجهولا له، ومهما كان محل العقد، وأجازه مالك والشافعي في الحيوان وحده. [1] لأن الحيوان قلما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر فيحتاج فيه إلى شرط البراءة ليثق بلزوم البيع فيما لا يعلمه من الخفي دون ما يعلمه. [2]

والأصل في اعتبار البراءة من العيب أثر عبدالله بن عمر رضي الله عنهما حين باع غلاما له بثمانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه لعبدالله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي. فاختصما إلى عثمان بن عفان، فقال الرجل: باعني عبدا وبه داء لم يسمه. وقال عبدالله : بعته بالبراءة. فقضى عثمان بن عفان على عبدالله بن عمر أن يحلف له: لقد باعه العبد وما به داء يعلمه. فأبى عبدالله أن

= أدرجوه في هذا الباب (أي خيار العيب) لأنه من مسائله (١٢/ ٣٩٨) وشرح المنهج للقاضي زكريا (٣/ ١٣٢ - ١٣٣)، وهو صنيع ابن رشد ٢/ ١٨٤، وقد جعل بيع البراءة قسيما للبيع المطلق.

(١) قال ابن جزي: وقيل يجوز في كل مبيع (القوانين الفقهية ٢٥٦)، الدسوقي ٣/ ١١٩

(٢) في المقدمات لابن رشد ٥٨٠ التصريح بأن البراءة لا تفيد إلا في عيب لم يعلمه البائع، أما إن كان علمه فدلس به فلا.

يحلف، وارتجع العبد، فصح عنده، فباعه عبدالله بعد ذلك بألف وخمسمائة درهم.[1]

تلخيص مذاهب العلماء في اشتراط البراءة:

٢٢ ـ الاتجاه الأول: أن يبرأ من كل عيب، علمه البائع أو لم يعلمه. وهو مذهب أبي حنيفة وأبي ثور، وروي عن ابن عمر وزيد.

الثاني: لا يبرأ من شيء من العيوب حتى يسميه، سواء أكان العيب مما يعاين أم لا، وهو مذهب ابن أبي ليلى وسفيان الثوري.

الثالث: لا يبرأ من شيء من العيوب حتى يضع يده عليه، والمراد بوضع اليد، إما المعاينة، وهو قول للشافعية فيما يمكن رؤيته، وإما حقيقة وضع اليد، وهو ظاهر النقل عن شريح وعطاء ورواية في مذهب أحمد ومذهب إسحاق.

الرابع: لا يبرأ إلا من العيب الباطن الذي لم يعلم به في الحيوان خاصة، وهو مذهب مالك الذي ذكره في الموطأ والقول الظاهر من مذهب الشافعي.

الخامس: أن البراءة إنما هي في بيع السلطان للمغنم، أو على مفلس، أو في ديون الميت، كما قال بعضهم.

السادس: بطلان البيع أصلا وهو قول في مذهب الشافعية.[1]

أقسام وأحكام البراءة:

٢٣ ـ تنقسم البراءة أولا إلى نوعين: خاصة، من عيب معين مسمى، وعامة من جميع العيوب ـ أو من كل عيب ـ ولا أثر لهذا التقسيم في الحكم غير أثر الشمول لكل عيب أو الاختصاص بالعيب المسمى. على أن بعض الفقهاء منع العامة لأنها تشمل العيب الذي يحدث قبل التسليم ولم يكن موجودا وقت العقد، في حين أجازها الآخرون وحملوها على ما يرونه جائزا: دخول الحادث أو عدمه.

٢٤ ـ لكن للبراءة تقسيما آخر ذا أثر كبير،[2] وهو أنها: إما أن تكون مقيدة بالعيب الموجود عند العقد، وإما أن تصدر مضافة إلى العيب الحادث بعد العقد وقبل القبض مع الموجود عند العقد، وإما أن ترد مطلقة لا مقيدة ولا مضافة.

أ ـ فإذا كان اشتراط البراءة في صورة التقييد بالعيب ـ أو العيوب ـ الموجودة عند العقد، وذلك يستفاد من عبارة: «على أني بريء من

---

(١) أثر عبد الله بن عمر حين باع غلاما له. أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٦١٣ ـ ط الحلبي). وعند البيهقي في السنن (٥/ ٣٢٨ ـ ط دائرة المعارف العثمانية). وأورده القاضي زكريا الأنصاري في شرح الروض ٢/ ٦٣. وقال في الشامل: إن المشتري زيد بن ثابت.

(١) تكملة المجموع ١٢/ ٣٩٩ ـ ٤٠٠ و٤٠٦ ـ ٤٠٧

(٢) البدائع ٥/ ٢٧٧، فتح القدير ٥/ ١٨٣

كل عيب به»، أو «من عيب كذا به»، فلا خلاف في أن البراءة على هذه الصورة ونحوها لا تتناول إلا ما كان قائما وقت العقد، دون ما يحدث بعده إلى حين التسليم. ولا فرق بين صدور البراءة على وجه العموم أو الخصوص، وذلك لأن اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة.

ب ـ إذا كان اشتراط البراءة فيه إضافة للمستقبل، بأن كانت صريحة بالتنصيص على العيب الحادث بعد العقد قبل القبض فلا يصح هذا الاشتراط، والعقد معه فاسد، أما عدم صحة الشرط فلأن الإبراء لا يحتمل الإضافة إلى زمن مستقبل (ولا التعليق بالشرط) فهو ـ وإن كان إسقاطا ـ فيه معنى التمليك، ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد. وأما فساد العقد، فلأنه بيع أدخل فيه شرط فاسد فيفسد. وكذلك مذهب الشافعية وهو شامل لما لو نص على العيب الكائن والحادث، أو أفرد الحادث بالذكر، والأخير أولى بالفساد.

ج ـ إذا كان اشتراط البراءة بصورة الإطلاق من غير بيان المراد أهو البراءة من العيب الموجود أم منه ومن الحادث (ويستوى في هذه الصورة أيضا أن تجيء عامة: على أني بريء من العيوب، أو من كل عيب، أو خاصة: من عيب كذا ـ وسماه ـ) فلأئمة الحنفية رأيان في المراد بها:

أحدهما: شمول البراءة لما هو قائم عند العقد، وما يحدث بعده إلى القبض، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة وأبو يوسف، وهو مذهب الشافعي أيضا.[1]

والرأي الثاني: اقتصار البراءة على العيوب الموجودة عند العقد، وهو ما ذهب إليه مالك ومحمد بن الحسن وزفر والحسن بن زياد، وهو قول لأبي يوسف أيضا.[2]

العقود التي يثبت فيها خيار العيب.[3]

٢٥ ـ ذكر فقهاء الحنفية أن خيار العيب يثبت في العقود التالية: البيع أو الشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح عن المال، وبدل الصلح عن دم العمد، وفي المهر، وبدل الخلع.[4]

١ ـ أما ذكر البيع والشراء معا فلمراعاة ظهور العيب في المبيع أو الثمن، فيذكر ثبوته في الشراء إذا لوحظ كون العيب في المبيع، وإذا لوحظ كون العيب في الثمن ذكر ثبوته في البيع، لكنهم يصورونه غالبا في الشراء، وأن العيب في المبيع لأن الغالب في الثمن الانضباط فيقل ظهور

---

(١) البدائع ٥/ ٢٧٧، ونهاية المحتاج ٤/ ٣٨، والشربيني ٢/ ٥٣، وشرح المنهج ٣/ ١٣٢، وتكملة المجموع ١٢/ ٤١٤ ـ ٤١٥

(٢) البدائع ٥/ ٢٧٧، وفتح القدير ٥/ ١٨٣ ونقله عن الشافعي ـ وقد عرفنا من كتبهم خلافه ـ، والمبسوط ١٣/ ٩٤، والدسوقي ٣/ ١١٩ نقلا عن ابن عرفة.

(٣) من مراجعة بداية المجتهد ٢/ ١٩٩، المبسوط ١٥/ ١٠٢

(٤) رد المحتار ٤/ ٧١ نقلا عن جامع الفصولين، وهو فيه ١/ ٢٥٠ بتطويل.

العيب فيه. والمراد من البيع (أو الشراء) الصحيح لا الفاسد، لوجوب فسخه بدون الخيار.[١]

ويشمل البيع عقد الصرف، لأن السلامة عن العيب مطلوبة عادة فيه، سواء أكان بدل الصرف من الأثمان كالتبر والنقرة، أم الديون كالدراهم والدنانير المضروبة، إلا أن بدل الصرف إذا كان عينا فرده بالعيب يفسخ العقد سواء رده في المجلس أم بعد الافتراق، ويرجع على البائع بما نقد، وإن كان دينا بأن وجد الدراهم المقبوضة زيوفا فردها في المجلس ينفسخ العقد بالرد، حتى لو استبدل مكانه مضى الصرف، وإن ردها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبي حنيفة وزفر خلافا لأبي يوسف ومحمد.

٢ ـ الإجارة: ولو حدث العيب بعد العقد والقبض، بخلاف البيع، أي يثبت فيها الخيار سواء أكان العيب قديما أم حادثا. كما أنه ينفرد صاحب الخيار بالرد فيها قبل القبض وبعده. وفي البيع ينفرد قبله فقط.[٢]

٣ ـ القسمة: فإذا وجد بعض الشركاء في نصيبه بعد القسمة عيبا قديما. كان له الخيار.[٣]

(١) رد المحتار ٤/ ٦٣ نقلا عن البحر، لكن في جامع الفصولين عكسه ١/ ٢٤٥

(٢) جامع الفصولين ١/ ٢٥٠ نقلا عن الزيادات، ورد المحتار ٤/ ٦٣

(٣) رد المحتار ٤/ ٦٣، جامع الفصولين ١/ ٢٥٠

٤ ـ الصلح عن المال.

٥ ـ المهر.

٦ ـ بدل الخلع.

٧ ـ بدل الصلح عن دم العمد.

وهي تفارق ما سبق من مجال خيار العيب، بأن الرد فيها إنما هو بفاحش العيب لا بيسيره.

٢٦ ـ وقد ذكر ابن رشد أن العقد بالنسبة لكونه مجالا لخيار العيب ينقسم إلى ثلاثة أنواع:

١ ـ ما هو مجال له بلا خلاف، وهو العقود المقصود بها المعاوضة.

٢ ـ ما ليس مجالا له بلا خلاف، وهو العقود التي ليس المقصود بها المعاوضة.

وذلك مثل الهبة لغير العوض، والصدقة.

٣ ـ ما فيه خلاف، والأظهر أنه ليس مجالا له، وهو العقود التي جمعت قصد المكارمة والمعاوضة مثل الهبة بقصد العوض.[١] وهذا الضابط لمجال خيار العيب تشهد له تفريعات المذاهب ولم نجد تعدادا للعقود التي يثبت فيها عند غير الحنفية.

توقيت خيار العيب:

٢٧ ـ فيه ثلاثة آراء:

الرأي الأول ـ أنه على الفور:

فتجب المبادرة للفسخ وإلا سقط. ومرادهم

(١) بداية المجتهد ٢/ ١٧٤

من الفورية: الزمن الذي يمكن فيه الفسخ بحسب العادة. فلو علمه عند العقد أو بعده ولم يفسخ فهو من ضمانه ولا يرجع بأرش العيب.(١) وهذا مذهب الشافعية ورواية في مذهب أحمد على ما ذكره القاضي أبو يعلى من تعدد الرواية فيه. وهو رأي لدى الحنفية ذكره صاحب الحاوي ومفاده: أنه إذا أمسك المعيب بعد الاطلاع على العيب مع قدرته على الرد كان رضا. وقال ابن نجيم عن هذا الرأي: إنه غريب، والمعتمد أنه على التراخي.(٢)

والمراد من المبادرة التي يسقط الخيار بتركها، أن يبادر على العادة.

ولو قال: لم أعلم أن الرد على الفور يقبل قوله إن كان ممن يخفى عليه.

وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرش أيضا ولابد من يمينه(٣)

قال القاضي زكريا: هذا في بيع الأعيان، بخلاف ما في الذمة فهو على التراخي لأنه لا يملكه ملكا مستقرا إلا بالرضا ـ ولو قبضه ـ لأنه غير معقود عليه.

وكذلك لا يجب الفور في طلب الأرش.(١)

واستدل الشافعية بدليلين: أحدهما أن الأصل في البيع اللزوم ثم ثبت خيار العيب بالإجماع وغيره، والقدر المحقق من الإجماع ثبوته على الفور، والزائد على ذلك لم يدل عليه إجماع ولا نص، فيكون على مقتضى اللزوم تقليلا لمخالفة الدليل ما أمكن، ولأن الضرر المشروع لأجل الخيار يندفع بالمبادرة، فالتأخير تقصير، فيجري عليه حكم اللزوم.

والدليل الثاني: القياس على حق الشفعة لورود النص فيها وكلاهما خيار ثبت بالشرع لا للتروي، بل لدفع الضرر.(٢)

الرأي الثاني ـ أنه على التراخي:

٢٨ ـ فلا يسقط بالتأخير ما لم يوجد منه ـ على المعتمد ـ ما يدل على الرضا.

وهو مذهب الحنفية ـ على المعتمد ـ والحنابلة على الرواية المصححة من المذهب، وصنيع أبي الخطاب منهم أنه هو المذهب دون أن يشير إلى تعدد الرواية فيه.

---

(١) شرح الروضة ٢/ ٦١ و٦٦، تكملة المجموع ١٢/ ١٣٤، فتح القدير ٥/ ١٧٨

(٢) فتح القدير ٥/ ١٧٨، رد المحتار ٤/ ٩٠، المغني ٤/ ١٠٩م ٣٠٠٠، كشاف القناع ٣/ ٢١٨ ونقل عن الاختيارات: ويجبر المشتري على الرد أو أخذ الأرش لتضرر البائع بالتأخير.

(٣) تكملة المجموع ١٢/ ١٣٧ ـ ١٣٩، وذكر أن محل الكلام في المبادرة وما يكون تقصيرا وما لا، محله كتاب الشفعة، ومغني المحتاج ٢/ ٥٦، وشرح المنهج بحاشية الجمل ٣/ ١٤١

---

(١) شرح المنهج بحاشية الجمل ٣/ ١٣٩، نهاية المحتاج ٤/ ٤٧ ـ ٤٩

(٢) تكملة المجموع ١٢/ ١٣٥ ـ ١٣٦

واستدل القائلون بأنه على التراخي بأنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي، كالقصاص. ولم يسلّموا بدلالة الإمساك على الرضا به.

الرأي الثالث : توقيته بيوم أو يومين :

٢٩ ـ ويفترق الحكم بالرد فإن حصل في يوم فأقل لم يحتج لرده إلى اليمين، بعدم حصول رضاه، وإن تأخر إلى يومين رده مع اليمين بأنه ما رضي بالمعقود عليه. وهو مذهب المالكية.

ومستندهم كالمستند السابق، إلا أنهم جعلوا من انقضاء اليوم أو اليومين بلا رد دليلا على الرضا. (١)

أثر خيار العيب على حكم العقد :

٣٠ ـ إن وجود خيار العيب في العقد لا أثر له على حكم العقد الذي هو انتقال الملك، فملك المبيع يثبت للمشتري حالا، وملك الثمن ينتقل إلى البائع في الحال، لأن ركن البيع مطلق عن الشرط. والثابت بدلالة النص شرط السلامة لا شرط السبب (كما في خيار الشرط) ولا شرط الحكم (كما في خيار الرؤية) وأثر شرط السلامة يقتصر على منع لزوم العقد ولا سلطان له على منع أصل حكم العقد. (٢)

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٢١، الخرشي ٥/ ١٤٢، والحطاب ٤/ ٤٤٣

(٢) البدائع ٥/ ٢٧٣ ـ ٢٧٤

صفة العقد مع خيار العيب :

٣١ ـ الملك مع خيار العيب غير لازم، لأن السلامة شرط في العقد دلالة، فما لم يسلم المبيع، لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه. وقد استدل الكاساني (١) لكون السلامة مشروطة في العقد دلالة بأنها في البيع مطلوبة المشتري عادة إلى آخر الوقت، لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة، ولأنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة (فكانت كالمشروطة نصا) فإذا فاتت المساواة كان له الخيار.

٣٢ ـ وللفقهاء اتجاهات ثلاثة في تحديد ما يثبت للمشتري عند قيام خيار العيب :

١ ـ التخيير بين أمرين هما الرد، أو الإمساك بجميع الثمن. وبعبارة أوضح هي : التخيير بين أمرين اثنين : أن يفسخ العقد ويرد المبيع المعيب ويسترد الثمن، أو أن يمضي العقد ويمسك المعيب بجميع الثمن دون أن يرجع على البائع بالأرش (نقصان المعيب) فعلى هذا الاتجاه ليس للمشتري أن يمسك المعيب ويأخذ الأرش وهو نقصان المعيب، إلا في حال تعذر الرد بأحد الموانع التي ستأتي، فحينئذ له

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤، المبسوط ١٥/ ١٠

الإمساك مع الأرش لكنه على سبيل الخلف عن الرد ولا يثبت أصالة.

وهـذا الاتجـاه هو مذهب الحنفية والشافعية.

قال الشيرازي: لأنـه لم يرض إلا بمبيـع سليم بجميـع الثمن فلم يجبر على إمساك معيب ببعض الثمن. وقال الكاساني: لو قال المشتري: أنا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك، لأن قوله: أمسك المعيب دلالة الرضا بالعيب وأنه يمنع الرجوع بالنقصان. وقال بعدئذ: لأن حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد، والقدرة على الأصل تمنع المصير إلى الخلف.(١)

٢ ـ التخيير بين أمرين اثنين أيضا، لكنهما هنا: الـرد ـ كما سبق ـ أو الإمساك مع الأرش ولـو لم يتعذر الـرد وسواء رضي البائع بدفع الأرش أو سخـط به. ففي هذا الاتجاه الفقهي لا مكان للإمساك بدون أرش بل هو من لوازمه.

وهو مذهب أحمد بن حنبل ـ وإسحاق بن راهويه ـ.

واستثنى الحنابلة ما إذا كان الإمساك مع الأرش يؤدي إلى الربا، فحينئذ يكون التخيير بين الـرد أو الإمساك مجانا، ومثاله: شراء حلي فضة بزنته دراهم فضة، وشراء قفيز مما يجري فيه الربا، إذا اشتراه بمثله، ثم وجده معيبا، وذلك لأن أخذ الأرش يؤدي إلى ربا الفضل، أو إلى مسألة (مُدّعَجْوةٍ).(١)

(١) المبسوط ١٣/ ١٠٣، البدائع ٥/ ٢٨٨ و٢٨٩، فتح القدير ٥/ ١٥٢، البحر الرائق ٦/ ٣٩، الفتاوى الهندية ٣/ ٦٦، نهاية المحتاج ٤/ ٢٤، المهذب للشيرازي وتكملة المجموع ١٢/ ١٦٥

وسبب الخلاف النظر إلى نقص العيب، هل هو نقص أصل أو نقص وصف؟ فعند الحنفية والشافعية (والمالكية في العيب الكثير) هو نقص وصف ولذا يخير بين الرد والإمساك بدون شيء، وعند الحنابلة هو نقص أصل، ولذا يخير بين الرد والإمساك مع الرجوع بالنقصان.(٢)

٣ ـ التفرقة بين العيب الكثير، والعيب اليسير ـ ويسمونه غالبا: القليل المتوسط ـ (بعد إخراج العيب القليل جدا الذي لا ينفك عنه المبيع لأنه لا حكم له كما قال ابن رشد الجد).

ففي العيب الكثير ـ وقد سبق بيان حده، وأن الراجح في تقديره عند ابن رشد: عشرة في المائة، وعند غيره: الثلث ـ لا يختلف مذهب المالكية عن مذهب الحنفية والشافعية (أصحاب الاتجاه الأول) يخيّر المشتري بين الرد والإمساك مجانا، بلا أرش، وهذا الحكم في العيب الكثير سماه ابن جزي: (عيب رد).

(١) المغني ٤/ ١٠٩ و١١١م ٢٩٩٩ و٣٠٠٤، ومطالب أولي النهى ٣/ ١١٢، كشاف القناع ٣/ ٢١٨، ومنتهى الإرادات ١/ ٣٦٢

(٢) الإيضاح للشماخي ٣/ ٤٤٢

أمـا في العيب المتـوسط فالمشهور التفريق بين الأصـول (العقـارات من دور ونحـوهـا) وبـين العروض (وهي ماعدا العقار):

ففي العقـارات لا يكون للمشتري الرد بهذا العيب المتوسط بل له الرجوع بالأرش.

أمـا في العروض، فظاهر الروايات في المدونة أنـه يجب فيهـا الـرد سواء كان العيب متوسطا أو كثيرا. وقيـل: إن العـروض كالأصول لا يجب الرد في العيب المتوسط وإنما فيه الرجوع بالقيمة.[1]

وذكـر ابن رشـد (الجدّ) أن شيخـه الفقيـه أبا بكر بن رزق كان يحمل ظاهر الروايات على التسـويـة بين العروض والأصول في أن حكمها الـرجوع بالقيمة إذا كان العيب متوسطا، وأشار ابن رشد إلى أن لتأويله هذا ما يؤيده من رواية زياد عن مالك في الثياب.[2] ولعله استنادا لهذه الـروايـة كان بعض شيـوخ ابن يونس يرون أن الثياب في ذلك كالدور.

الرد وشرائطه

٣٣ ـ يشترط لصحة الفسخ أو الرد ما يلي:

١ ـ قيـام الخيـار، وهـذه الشـريطـة يقتضيها أن

(١) المقدمات ٥٧٠، بداية المجتهد ٢/ ١٧٨

(٢) المقدمـات ٥٧٠، الحطـاب والمـواق ٤/ ٤٣٥، والخرشي بحـاشيـة العـدوي ٤/ ٤٢، والدسوقي على شرح الدردير لخليل ٣/ ١١٤

الفسـخ في الخيـار إنـما هو لأن العقـد غير لازم، فإذا سقــط الخيـار لزم العقـد، والعقـد الـلازم لا يحتمل الفسخ.[1]

٢ ـ أن يكون المردود على الوصف الذي كان مقبوضا:

والمـراد أن لا يلحق بالمبيـع عيب زائـد عن العيب القـديم، فكما قبض المشتري المبيع عليه أن يرد غير معيب بعيب زائـد كعيب الشـركـة الناشىء عن تفرق الصفقة، أو العيب الحادث.[2]

٣ ـ أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة قبل التمام:

وهو ما قبل قبض المبيع كله، لما يترتب على التفـريق من عيـوب، أحـدهـا عيب الشركة كما سيأتي. قال الكـاسـاني: وهـذا المنـع فيها إذا لم يرض البائع، إذ لو رضي لجاز، لأنه حينئذ ضرر مرضي من جهتـه لا يجب دفعـه عنه[3] وفي هذا يقول ابن حجر:

(١) البدائع ٥/ ٢٧٣ و٢٨٦ و٢٩٨، الفتاوى الهندية ٣/ ٨١ ـ ٨٢، رد المحتار ٤/ ٩٣، الخرشي ٤/ ٤٦ وغيره من شروح خليل.

(٢) البـدائـع ٥/ ٢٨٣ و٢٨٤ مستخلصـا من توجيـه قول أبي حنيفة في منع أحد المشترين لشيء واحد من رد نصيبه على البائع.

(٣) البـدائـع ٥/ ٢٨٧، فتح القدير ٥/ ١٧٥، الفتاوى الهندية ٣/ ٧٦ و٨١ و٨٢ و٨٣، وفيـه تفصيلات دقيقة لما يعتبر صفقة واحدة يمتنع تفريقها وما ليس كذلك.

(إذا اتحد المبيع صفقة لا يرد المشتري بعضه بعيب قهرا، إلا إذا كان البعض الآخر للبائع فحينئذ يرد عليه البعض قهرا، وهو المعتمد من القاضي ومن تبعه، لأن العلة الصحيحة في امتناع رد البعض إنما هي الضرر الناشىء من تبعيض الصفقة عليه . . والتعليل باتحاد الصفقة وتفريقها بمجرده لا يصلح للتعليل، وإنما وجه العلة ما فيه من الضرر غالبا فآلت العلتان إلى شيء واحد وهو انتفاء الضرر) . (١)

٣٤ - وتفريق الصفقة قبل قبض المبيع كله لا يجوز مهما كان المبيع، سواء كان شيئا واحدا كالثوب، والدار، أو المكيل والموزون في وعاء أو أوعية، أو كان شيئين حقيقة وتقديرا كالثوبين والدارين، أم شيئين حقيقة شيئا واحدا تقديرا كمصراعي باب. ودليل عدم جواز تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها ما يلحق بالبائع من ضرر يجب دفعه ما أمكن، والضرر هو إلزام البائع بالشركة، والشركة في الأعيان عيب. هذا في تفريق الشيء الواحد، أما إذا كان المبيع أشياء ففيه ضرر آخر وهو لزوم البيع في الجيد بثمن الرديء لأن ضم الرديء إلى الجيد والجمع بينهما في الصفقة من عادة التجار ترويجا للرديء بوساطة الجيد.

وأما اعتبار قبض البعض بمثابة عدم القبض فلأن الصفقة لا تتم إلا بقبض جميع المعقود عليه - وسواء وجد العيب في المقبوض أو في غيره - وروي عن أبي يوسف أنه إذا كان العيب في المقبوض فله رده خاصة بحصته. (١)

وفي تفرق الصفقة يفصل المالكية بين بقاء السالم (غير المعيب) وفواته، فإن كان فائتا فله رد المعيب مطلقا وأخذ حصته من الثمن، لأنه لو ورد الجميع هنا رد قيمة الهالك عينا ورجع في عين وهو الثمن للعين وقيمة العرض الذي قد فات عند البائع، ورد العين والرجوع فيها لا فائدة فيه.

وأما إن كان باقيا فله رد البعض بحصته بشريطتين:

١ - أن لا يكون المعيب هو الأكثر من النصف ولو بيسير، فليس له رده بحصته، بل إما أن يتماسك بالجميع أو يرد الجميع، أو يتماسك بالبعض بجميع الثمن.

٢ - أن لا يكون المعيب وجه الصفقة فليس للمبتاع إلا رد الجميع أو الرضا بالجميع.

ويستثنى من ذلك ما كان أحد مزدوجين. (٢)

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/ ٤٢٢ - ٤٢٣

(١) البدائع ٥/ ٢٨٧، فتح القدير ٥/ ١٧٥

(٢) الخرشي ٤/ ٥٧ - ٥٨، الدسوقي ٣/ ١٣٤ - ١٣٥، المواق ٤/ ٤٥٩، الحطاب ٤/ ٤٥٩ - ٤٦٠ وفيه نقلا عن التوضيح: ولهذا كان الصحيح فيمن استهلك إحدى مزدوجين وجوب قيمتهما.

ولم يصور المالكية التفرق في الشيء الواحد لاعتبارهم ذلك من العيب الحادث (المتوسط) وحكمه التخيير بين الإمساك وأخذ أرش القديم، أو الرد ودفع أرش الحادث ما لم يقبله البائع بالحادث. [١]

٣٥ - ومذهب الحنابلة أن تفرق الصفقة مانع من الرد قطعا إذا كان في الشيء الواحد، وفي الشيئين مما ينقصهما التفريق، أو مما لا يجوز التفريق بينهما، دفعا لضرر البائع. أما إذا كانا شيئين مما لا ينقص بالتفريق وما كان في وعائين فهو كشيئين عندهم ووجدهما مبيعين فليس له رد أحدهما على الصحيح. قال المرداوي: وهو الصواب. فإن وجد بأحدهما عيبا فليس له إلا رد المعيب فقط على الرواية المختارة من ثلاث روايات. [٢]

وكذلك قال الشافعية لا يرد المشتري بعض المبيع المعيب، وإن زال الباقي عن ملكه وانتقل للبائع، على ما جزم به المتولي والسبكي والبغوي، لأنه وقت الرد لم يرد كما تملك. وقال القاضي حسين: إن له الرد إذ ليس فيه تبعيض على البائع، ومثله ما لو كانا شيئين تتصل منفعة أحدهما بالآخر. أما الشيئان مما ليس كذلك - سواء كانا معيبين أو ظهر العيب بأحدهما - فليس له رد أحدهما بل يردهما. ويفرق الشافعية بين تعدد الصفقة وتفردها.

فإن تعددت الصفقة (وذلك بتعدد البائع أو تعدد المشتري، أو تفصيل الثمن) فله رد أحدهما في الأظهر، لأنه لم يحصل تفريق الصفقة. أما إن تفردت (بعدم توافر شيء من أسباب تعددها) فليس له رد البعض. [١]

تفرق الصفقة بتعدد العاقد :

٣٦ - تفرق الصفقة لا تنحصر صوره في محل العقد، بل قد ينشأ عن تعدد العاقد. كما لو كان المشتري رجلين اشتريا شيئا واحدا واطلعا على عيب بالمبيع، فإنه ينفرد أحدهما بالفسخ دون صاحبه في قول أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد ينفرد.

وحجة الصاحبين أنه رد المشتري كما اشتراه، فالرد صالح في النصف لأنه مشتر نصفه، وحجة أبي حنيفة أن الرد لم يوجد على الوصف الذي كان مقبوضا لأنه قبضه غير معيب بعيب زائد - وهو هنا عيب الشركة - فلا يصح دفعا للضرر عن البائع. [٢]

---

(١) الدسوقي ٣/ ١٢٦ وبقية شروح خليل.

(٢) المغني ٤/ ١٢١م ٣٠١٧ و٣٠١٨، والفروع وتصحيحه ٤/ ١١١ - ١١٢، وكشاف القناع ٣/ ٢٢٥ - ٢٢٦

(١) مغني المحتاج ٢/ ٦٠، ونهاية المحتاج ٤/ ٢٥، وتكملة المجموع ١٢/ ١٥٥، وشرح المنهج للقاضي زكريا بحاشية الجمل ٣/ ١٤٩

(٢) البدائع ٥/ ٢٨٣ - ٢٨٤

وقد بين ابن قدامة مذهب الحنابلة وموافقته للشافعية في ذلك فقال: لو اشترى رجل من رجلين شيئا فوجده معيبا فله رده عليهما فإن كان أحدهما غائبا رد على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ويبقى نصيب الغائب في يده حتى يقدم، ولو كان أحدهما باع العين كلها بوكالة الآخر فالحكم كذلك سواء أكان الحاضر الوكيل أم الموكل نص أحمد على قريب من هذا، فإن أراد نصيب أحدهما وإمساك نصيب الآخر جاز لأنه يرد على البائع جميع ما باعه ولا يحصل برده تشقيص، لأن المبيع كان مشقصا في البيع.[1]

٤ ـ علم العاقد الآخر بالفسخ:

٣٧ ـ فلو فسخ بغير علمه لم يعتبر، وكان له الرجوع عن فسخه وكان ذلك الفسخ موقوفا.

إن علم به في مدة الخيار نفذ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة كان ذلك إجازة للعقد.

ويعبر بعض الفقهاء عن شريطة العلم هذه بقولهم: أن يجيز ـ أو يفسخ ـ في حضرة صاحبه، وهم مجمعون أن المراد من الحضرة العلم وليس الحضور.

واشتراط العلم للفسخ في خيار العيب متفق عليه بين أئمة الحنفية. سواء أكان الرد قبل القبض أم بعده.

وليس العلم بمشترط عند الشافعية والحنابلة. فقد صرحوا بأن الرد بالعيب لا يفتقر إلى رضا البائع وحضوره (ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعده).[1] ولم نجد للمالكية كلاما في هذا والحنفية لا يشترطون للرد قبل القبض القضاء أو التراضي، أما إذا كان بعد القبض فلابد من أحدهما لأنه قبل القبض مما تقرر أنه لا اعتبار عند رفع العقد لحضور من لا يعتبر رضاه فيه.

وأما بعد القبض فهو رفع لعقد مستحق له بالعيب، فلا يعتبر فيه رضا البائع نظير ما قبل القبض.[2]

كيفية الرد:

٣٨ ـ الرد إما أن يتم بمحض إرادة صاحب الخيار، وإما أن يشترط لحصوله ـ عند الحنفية ـ وجود التراضي بين العاقدين أو الترافع للقضاء. وذلك يتبع حال الصفقة من حيث التمام وعدمه. وتمامها كما هو معلوم بالقبض، فإذا لم تتم الصفقة لا يشترط التراضي أو التقاضي. قال الكاساني: لأن الصفقة قبل القبض ليست تامة بل تمامها بالقبض فكان

(١) المغني ٤/ ١٤٥

(١) البدائع ٥/ ٢٧٣، ٢٨٦ في خيار الشرط، فتح القدير ٥/ ١٢٢، الفتاوى الهندية ٣/ ٨١ نقلا عن الذخيرة، المغني ٤/ ١١٩م٣٠١٣، كشاف القناع ٣/ ٢٤٤، تكملة المجموع ١٢/ ١٥٧

(٢) الحطاب ٤/ ١٥٩ ـ ١٦٠، الدسوقي ٣/ ١١٨ وما بعدها.

بمنزلة القبول كأنه لم يشتره.[١]

أما إذا كانت الصفقة قد تمت، فالرد لا يكون مجرد نقض وانفساخ تكفي فيه إرادة صاحب الخيار، بل هو فسخ لصفقة تمت فلابد فيه من التراضي أو التقاضي، ويعلل الكاساني ذلك بأن الصفقة قد تمت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا. وبعبارة السرخسي: «الفسخ بعد تمام الصفقة نظير الإقالة، وهي لا تتم إلا باتفاق العاقدين»[٢] ولا فرق في الرد بين وقوعه قبل القبض أو بعده، عند الشافعية والحنابلة، لأنه نوع فسخ فلا تفتقر صحته إلى القضاء ولا للرضا، كالفسخ بخيار الشرط (بالإجماع) وكالرد بالعيب قبل القبض فكذا بعده. ولأن الرد بالعيب عندهم يرفع العقد من أصله، فلم يتفاوت الرد.[٣]

صيغة الفسخ وإجراءاته:

٣٩ ـ ذهب الحنفية ـ كما ذكرنا ـ إلى أن الفسخ قبل القبض يحصل بالإرادة المنفردة والمراد قول المشتري رددت أو فسخت ونحو ذلك من العبارات. أما بعد القبض فلابد من الاتفاق بأن يفسخ صاحب الخيار ويقبل العاقد الآخر أو يتقاضيان. قال الكاساني:[١] (لأن الفسخ يكون على حسب العقد لأنه يرفع العقد، ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما دون رضا الآخر. أما قبل القبض فالصفقة لم تتم، فكان من السهل الرد لأنه كالامتناع من القبض، وهو تصرف دفع وامتناع وذلك خالص حقه).

أما عند الشافعية والحنابلة فالفسخ يجوز للمشتري مهما كانت الكيفية: في حضور البائع أو غيبته، برضاه أو عدمه، ولا يفتقر إلى الحاكم[٢] ولكن نظرا لذهاب الشافعية إلى أن خيار العيب يثبت على الفور، لا التراخي، وأنه تجب المبادرة إلى الفسخ وإلا سقط، فقد احتيج إلى القيام ببعض الإجراءات دون أن تختص صورة منها بالوجوب، بل يجزىء عنها ما يؤدي المراد وهو إثبات مبادرته للفسخ.

وخلاصة هذه الإجراءات عند الشافعية أنه إذا كان كل من الخصم والحاكم بالبلد وجب الذهاب إلى أحدهما، فإن أخرّ سقط حقه وإن فسخ، ولكن هناك صورة بديلة عن الذهاب

---

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨١، الفتاوى الهندية ٣/ ٦٦، فتح القدير ٥/ ١٦٨

(٢) المبسوط للسرخسي ١٣/ ١٠٣، وكرر التشبيه بالإقالة في شرح السير الكبير ٢/ ٢٩٤ «الرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء يكون بمنزلة الإقالة فيه».

(٣) المهذب ١/ ٢٨٤، الشرح الكبير على المقنع ٤/ ٨٦، تكملة المجموع للسبكي ١٢/ ١٥٧

(١) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨١

(٢) تكملة المجموع ١٢/ ١٥٧

إلى البائع أو الحاكم، وهي أن يشهد على الفسخ فلا يسقط حقه، ولا يلزمه الذهاب بعد ذلك إلا للتسليم وفصل الخصومة، على ما حققه السبكي خلافا لما توهمه بعض عبارات المتون.(١)

طبيعة الرد، وآثارها في تعاقب البيع

٤٠ ـ ذهب الحنفية إلى أنه إذا كان الرد بالتراضي بين المتعاقدين فهو فسخ في حقهما بيع في حق غيرهما، وذلك في الرد بعد القبض (أما قبل القبض فهو رد بإرادة منفردة) وإذا كان الرد بالقضاء كان فسخا في حقهما وفي حق غيرهما. أما عند غير الحنفية فالفسخ رفع للعقد من أصله مطلقا.(٢)

ويظهر أثر هذه الطبيعة في حال تعاقب بيعين على المعيب بعيب قديم، حيث يفرق بين أن يكون قبول الرد من البائع الثاني حصل بالتراضي أو بالقضاء، فإن تم بالقضاء بإقامة البينة على أن العيب كان عنده بعدما أنكر العيب. أو بنكوله عن اليمين على العيب، أو بإقراره بالعيب أنه كان عنده، والمقصود صدور إقرار منه ثم إنكاره، فيقيم المشتري البينة على ذلك الإقرار (أما الإقرار المبتدأ فلا حاجة معه إلى القضاء أصلا) ففي هذه الحال للبائع الثاني أن يرده على بائعه الأول فيخاصمه ويفعل الإجراءات الواجبة لرده عليه.

وإن كان قبول المشتري الأول للرد بغير القضاء بل برضاه فليس له الرد على بائعه، لأن الرد بالتراضي بيع جديد في حق غير المتعاقدين ـ أو كما يعبرون: في حق الثالث ـ والبائع الأول هنا غير المشتري الأول والمشتري الثاني، كأن المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني، وفي هذه الحال ليس له أن يرده على البائع الأول.

ولأنه إذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بائعه الأول، ولا يقال إنهما بالتراضي على الرد فَعَلا عين ما يفعله القاضي، لأن الحكم الأصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة من العيب، وإنما يصار إلى الرد للعجز، فإذا نقلاه إلى الرد لم يصح في حق غيرهما، ألا يرى أن الرد إذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب.(١)

٤١ ـ هذا كله فيما إذا كان الرد بالعيب من

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٥٧، وشرح المنهج بحاشية الجمل ٣/ ١٤٣، تكملة المجموع ١٢/ ١٣٩ ـ ١٥٠ وأسهب كثيرا في بيان الوجوه والتأويلات حتى تعذر استخلاص المذهب مما ذكره إلا عن طريق الكتب المؤلفة بعده والمعتمدة على ما فيه، ولم يتعرض الحنابلة لذلك كله، لأن الخيار عندهم على التراخي.

(٢) الهندية ٣/ ٦٦ نقلا عن السراج الوهاج، تكملة المجموع ١٢/ ١٥٧، فتح القدير ٥/ ١٦٥

(١) فتح القدير ٥/ ١٦٧ ـ ١٦٨

المشتري الثاني بعد قبضه، أما إذا كان قبل قبضه فللمشتري الأول أن يرده على البائع الأول سواء كان بقضاء أم بغير قضاء ـ كما لو باع المشتري الأول للمشتري الثاني بشرط الخيار له ـ أو بيعا فيه خيار رؤية فإنه إذا فسخ المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الأول أن يرده مطلقا. قال في الإيضاح: (الفقه فيه أنه قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب، فكان هذا تصرف دفع وامتناع من القبض، وولاية الدفع عامة فظهر أثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على القضاء).[(١)]

وتعرض ابن قدامة لهذه المسألة فذكر أن المشتري الأول إن عاد المعيب إليه من المشتري (الثاني) فأراد رده بالعيب القديم ينظر: فإن كان حين باعه عالما بالعيب، أووجد منه ما يدل على رضاه فليس له رده، لأن تصرفه رضا بالعيب. وإلا كان له رده.. سواء رجع إلى المشتري الأول بالعيب القديم أو بإقالة، أو هبة، أو شراء ثان، أو ميراث.[(٢)]

الإمساك مع الأرش (أو الرجوع بنقصان الثمن)[(٣)]

٤٢ ـ هناك أمور تطرأ على المبيع من زيادة أو نقصان أو تصرف تمنع رد المبيع، وحينئذ ينتقل حق المشتري من الرد إلى الرجوع بنقصان الثمن، على تفصيل بين المذاهب في هذا الموجب، ولما كان هذا الموجب بديلا عن الخيار بين الرد والإمساك (الذي هو الأصل) أمكن تسميته (الموجَب الخَلفي) وكما هو مقرر لا يجتمع الخلف والأصل بل يتعاقبان، فإذا تعذر الأصل يصار إلى ما هو خلف له.

هذا مذهب الحنفية والشافعية. وقد عرف غيرهم هذا الموجب مع اختلاف المجال، فالمالكية حين جعلوا العيوب أنواعا ثلاثة: العيب اليسير (ليس فيه شيء)، وعيب الرد (وهو الفاحش الذي يكون فيه المشتري بالخيار بين الرد والامساك بلا أرش)، وعيب القيمة، أرادوا بهذا الأخير العيب المتوسط الذي ينقص من الثمن، وموجب عيب القيمة أن يحط عن المشتري من الثمن بقدر نقص العيب، فمثل هذا النوع نقصان الثمن هو موجبه الأصلي.

كما أن الحنابلة يثبتون الخيرة للمشتري بين الإمساك بنقصان الثمن أو الرد ولو لم يتعذر

---

(١) فتح القدير ٥/ ١٦٨

(٢) المغني ٤/ ٢٤٨

(٣) الأرش: هو في اللغة دية الجراحات، وأصله من الفساد= يقال: ارّشت الحرب والنار إذا أوريتهما، والتأريش بين القوم: الإفساد بينهم، ولما كان نقصان الأعيان فسادا فيها سمي نقصان الثمن: الأرش. وهو في الشرع عبارة عن الشيء المقدر الذي يحصل به الجبر عن الفائت (المصباح المنير، مادة: أرْش، والمغرب للمطرزي، والقاموس، تكملة المجموع للسبكي ١٢/ ١٦٧)

الرد.[1] فهذا هو الموجَب الأصلي للخيار عندهم، أما الموجَب الخَلَفي عند تعذر الرد بسبب عيب حادث فهو التخيير بين الرد وإعطاء أرش العيب الحادث وبين الإمساك وأخذ أرش العيب القديم. وهو الحكم عند المالكية أيضا.

طريقة معرفة الأرش :[2]

٤٣ ـ هي أن يقوَّم المبيع بلا عيب، ثم يقوَّم مع العيب وينظر إلى التفاوت وتؤخذ نسبته إلى القيمة هل هو عشر أو ثمن أو ربع . . الخ . فإن كان التفاوت عشر القيمة رجع المشتري بعشر الثمن.[3] وهكذا.[4]

قال صاحب الأشباه : ولم يذكر قاضيخان

---

(١) القوانين الفقهية ٢٥٨ ، وذكر أن هذا التقسيم في غير الحيوان وأما فيه فيرد بكل ما يحط من القيمة. المغني ٤/ ١١١م ٣٠٠٣، كشاف القناع ٣/ ٢٢٤، الفروع ٤/ ١٠٦، بداية المجتهد ٢/ ١٧٧، المقدمات ٥٧٠، الخرشي ٤/٤٢، الحطاب والمواق ٤/ ٤٣٤، الدسوقي ٣/ ١١٤.

(٢) للأرش مباحث مفصلة في تكملة المجموع للسبكي ١٢/ ٢٦٥ ـ ٢٩٤ و١٢/٣٠٣ ـ ٣٠٩

(٣) لما كانت الأثمان قديما هي الذهب والفضة وما شابهها، فقد تعرض بعض الفقهاء إلى أن الأرش هل يؤخذ من (عين الثمن) أو يدفعه البائع من حيث شاء؟ وللحنابلة فيه احتمالان، وصحح ابن نصر الله الاحتمال الثاني بترك الأمر للبائع، قال في تصحيح الفروع : وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب (كشاف القناع ٣/ ٢١٨ ووقع فيه تحريف كلمة (عين الثمن) إلى (عيب الثمن كما هو واضح).

(٤) فتح القدير ٦/ ١٢، الفتاوى الهندية ٣/ ٨٣، المغني=

ولا الزيلعي ولا ابن الهمام هل القيمة (التي ينسب إليها النقصان) يوم العقد أو القبض؟ وينبغي اعتبارها يوم العقد.

وفي المغني أن الحسن البصري قال: يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه قال أحمد: هذا أحسن ما سمعت. وقال في شرح الروض «هو أقل قيمتي وقت العقد والقبض».[1]

موانع الرد :

٤٤ ـ تنقسم موانع الرد إلى مانع طبيعي أو شرعي أو عقدي.

أولا ـ المانع الطبيعي :

٤٥ ـ ذكر الكاساني أن هلاك المبيع في يد البائع يمنع الرد، لفوات محل الرد، ولا يرجع البائع على المشتري بشيء من الثمن، لأنه يحمل تبعة الهلاك قبل القبض. أما بعد القبض فقد أفاد صاحب الهداية أن موت محل الرد بيد المشتري يمنع الرد ويجعل موجب الخيار الرجوع بنقصان الثمن، والمراد أن هلاك المبيع بسبب سماوي

= ٤/ ١١١، تكملة المجموع ١٢/ ٢٦٥ وترتيب الأشباه والنظائر ٢٦٢

(١) ترتيب الأشباه والنظائر ٢٦٢، المغني ٤/ ١١٢، شرح الروض ٢/ ٦٣، وتكملة المجموع ١٢/ ٢٧٢

يمتنع معه الموجَب الأصلي الذي هو الرد ليحل محله الموجَب الخَلفي (نقصان الثمن).

ويستوي في الهلاك أن يكون بسبب سماوي أو باستهلاك المشتري له على سبيل الاستعمال والانتفاع المشروع، لا الإتلاف، وذلك بأكل الطعام أو لبس الثوب حتى يتخرق، وفي هذا النوع خلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، واعتباره في موانع الرد دون الأرش هو مذهب الصاحبين ومالك وأحمد، لأن المشتري صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه من الأكل واللبس حتى انتهى الملك به. ولأبي حنيفة أنه أتلفه بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه، وقد انتفى الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضا. وإن اقتصر الاستهلاك على بعضه، فعند الصاحبين يرجع بنقصان الثمن في الأكل وفي رواية ثانية يرد ما بقي ويرجع بنقصان ما أكل. (١)

ومثل الهلاك في امتناع الرد: انتهاء الملك عن الشيء بالموت، لأنه ينتهي به الملك لا بفعل المشتري، فيمتنع الرد حكما ويبقى له الرجوع بالنقصان.

وقد سوّى الحنفية والشافعية بين هلاك المعيب بالعيب أو بغيره، وفرق المالكية بينهما، فوافقوهم في الرجوع بنقصان الثمن في الهلاك بغير العيب المدَلَّس، أما فيه فللمشتري الرجوع بالثمن كله. (١) أما الحنابلة فالتفرقة عندهم ليست بحسب الهلاك بالعيب أو غيره بل بحسب وقوع التدليس وعدمه، فإن كان البائع سيّء النية ودلّس العيب ثم هلك المبيع به أو بغيره فللمشتري الرجوع بالثمن كله. أما إذا لم يدلس البائع فرجوعه بنقصان الثمن فقط. ويربط المالكية مقدار الجزاء بأثر العمل، فلا يرجع بالثمن كله إلا إذا كان العيب المدلس هو الذي أودى بالمبيع. (٢) ويسمى المالكية ذلك بالفوت ويقسمونه إلى فوت حسي، وفوت حكمي. (٣)

ثانيا ـ المانع الشرعي:

٤٦ ـ هذا المانع عبارة عن حصول زيادة في المبيع عند المشتري على أن تكون زيادة منفصلة متولدة (بعد القبض) أو متصلة غير متولدة (مطلقا، قبل القبض أو بعده) فظهور الزيادة

(١) البدائع ٥/ ٢٨٣، فتح القدير ٥/ ١٦١ ـ ١٦٣، رد المحتار ٤/ ٨٢ ـ ٨٣ تبيين الحقائق ٤/ ٣٥، مغني المحتاج ٢/ ٥٤، الخرشي ٥/ ١٣٨ كشاف القناع ٢/ ٦٣

(١) البحر الرائق ٦/ ٣٩، فتح القدير ٥/ ١٦١، مغني المحتاج ٢/ ٥٤، المهذب ١/ ٢٩١، نهاية المحتاج ٤/ ٢٤

(٢) المغني ٤/ ١٣٥، كشاف القناع ٣/ ١٨٠ «سواء تعيّب المبيع عند المشتري أو تلف بفعل الله كالمرض، أو بفعل المشتري مما هو مأذون شرعا».

(٣) الخرشي ٤/ ٤٨، الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٢٤

بعدما ظهر عيب في المبيع يمتنع به الرد ولو قبل البائع، لأن المنع لِحقّ الشرع. وفيما يأتي تفصيل هاتين الصورتين المانعتين من الرد والناقلتين الموجب إلى الأرش.

أولا ـ الزيادة المتصلة غير المتولدة (مطلقا: قبل القبض أو بعده) كالصبغ والخياطة في الثوب، والبناء والغرس في الأرض، لأن هذه الزيادة ليست تابعة، بل هي أصل بنفسها فتعذر معها رد المبيع، إذ لا يمكن رده بدون الزيادة لتعذر الفصل، ولا يمكن رده مع الزيادة، لأنها ليست تابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ (إلا إن تراضيا على الفسخ فهو إقالة وكبيع جديد) ولو قال البائع: أنا أقبله كذلك، ورضي المشتري لا يجوز أيضا، لأن المنع لحقّ الشرع لاستلزامه الربا.

ثانيا ـ الزيادة المنفصلة المتولدة، بعد القبض خاصة، كالولد والثمرة واللبن وأرش الجناية. وتلك الزيادة تمنع الرد بالعيب أيضا لأن الزيادة مبيعة تبعا لثبوت حكم الأصل وحصلت في ضمان المشتري، فإن ردها مع الأصل كانت للبائع ربح ما لم يضمن، وإن استبقاها ورد الأصل فإنها تبقى في يده بلا ثمن، وهذا من صور الربا.

وخالف الشافعي في هذه الزيادة، فعدّها كالكسب، لإمكان الفصل عن الأصل بدونها، والزيادة للمشتري، فهي لا تمنع الرد.[1]

٤٧ ـ أما صور الزيادة الأخرى فلا تمنع الرد، ولذا لا رجوع معها بالأرش، وهي:

١ ـ الزيادة المتصلة المتولدة، كالكبر والسِّمَن، ومنها عند الحنابلة الجنين قبل الوضع والثمرة قبل التأبير. وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية عند الحنفية إن رضي المشتري بردها مع الأصل وإن أبى المشتري الرد كان له الرجوع بالأرش خلافا لمحمد.

والحكم كذلك عند الحنابلة، لأن الزيادة تمحضت تابعة للأصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكأن الفسخ لم يرد على زيادة أصلا ـ كما قال ابن الهمام ـ أو كما قال الكاساني: كانت الزيادة مبيعة تبعا، وما كان تبعا في العقد يكون تبعا في الفسخ. ولا فرق في هذه الزيادة بين أن تحدث قبل القبض أو بعده.[2]

(١) البدائع ٥/ ٢٨٥ ـ ٢٨٦، فتح القدير ١٦٠ ـ ١٦١، رد المحتار ٤/ ٨٠ ـ ٨١، الفتاوى الهندية ٣/ ٧٧، تكملة المجموع ١٢/ ٢٥٤

(٢) البدائع ٥/ ٢٨٤، فتح القدير ٥/ ١٦١، المغني ٤/ ١٣٠. وقد جاء حكم هذه الصورة عند ابن الهمام موهما العكس حيث قال: «وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها، لأن العقد لم يرد عليها ولا يمكن التبعية للانفصال» ثم قال بعد: «فيكون المشتري بالخيار قبل القبض إن شاء ردهما جميعا وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن». فعرف بهذا أن مراده من المنع: منع رد الأصل وحده لا امتناع رده معها. وفي البدائع ٥/ ٢٨٤، والفتح ٥/ ١٦١ تفصيلات بشأن وجود عيب بالزيادة وحدها وفروع أخرى تنظر هناك.

٢ ـ الزيادة المنفصلة المتولدة: قبل القبض كالولد واللبن والثمر في بيع الشجر وهي لا تمنع الرد بالعيب، لكن لا يرد الأصل وحده، بل إن شاء المشتري ردهما جميعا وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن. وقال الحنابلة: يرد الأصل دون الزيادة، فهي للمشتري.

٣ ـ الزيادة المنفصلة غير المتولدة، كالغّلة والكسب، وهي لا تمنع من الرد وهو الحكم لدى الشافعية والحنابلة. ويفسخ العقد في الأصل دون الزيادة ويُسلّم الكسب للمشتري لأنه حصل في ضمانه، ودليل ذلك الحديث الذي فيه قول البائع: أنه استغل غلامه فقالﷺ «الخراج بالضمان»[1] ولأن هذه الزيادة ليست بمبيعة وإنما هي مملوكة بملك الأصل، فبالرد يفسخ العقد في الأصل وتبقى الزيادة مملوكة للمشتري بغير ثمن عند أبي حنيفة (لكنها لا تطيب له، لأنها وإن حدثت على ملكه هي ربح ما لم يضمن، وعند الصاحبين: الزيادة للبائع ولا تطيب له) هذا إذا اختار الرد، أما إن رضي بالعيب واختار البيع فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف لأنها ربح ما لم يضمن وهو منهي عنه، ولأنها زيادة لا يقابلها عوض في العقد وهو ربا وقال الحنابلة: الكسب للمشتري بمقابلة ضمانه، دون فرق بين ما يقبل القبض أو بعده.

(١) حديث: «الخراج بالضمان». تقدم تخريجه ف/ ٢

٤٨ ـ هذا إن كانت الزيادة قائمة فإن هلكت بآفة سماوية لم يتغير الحكم، وإن هلكت بفعل المشتري فالبائع بالخيار بين القبول ورد جميع الثمن وبين الرفض ورد النقصان، وإن هلكت بفعل أجنبي امتنع الرد.[1]

أما المالكية فقد قال الحطاب عن ابن رشد في المقدمات إن الزيادة على خمسة أوجه:

١ ـ زيادة لحوالة الأسواق.

٢ ـ وزيادة في حالة المبيع وكلاهما لا يعتبر ولا يوجب للمبتاع خيارا. صرح بذلك في كتاب العيوب من المدونة فقال في أوله ولا يفيت الردَّ بالعيب حوالة الأسواق.

٣ ـ وزيادة في عين المبيع بنماء حادث فيه كالدابة تسمن أو بشيء من جنسه مضاف إليه كالولد فاختلف أصحابنا في ذلك.

٤ ـ وزيادة مضافة للمبيع من غير جنسه مثل أن يشتري النخل ولا ثمر فيه فتثمر عنده ثم يجد عيبا، فهذا لا اختلاف أن ذلك لا يوجب له خيارا ويكون مخيرا بين أن يرد النخل وثمرتها ما لم يطب ويرجع بالعلاج على مذهب ابن القاسم أو يمسك ولا شيء له في الوجهين جميعا وقوله ما لم يطب أي ما لم تزهُ.

٥ ـ وزيادة أحدثها المشتري في المبيع من صنعة

(١) البدائع ٥/ ٢٨٤ ـ ٢٨٥، المغني ٤/ ١٣٠، تكملة المجموع ١٢/ ٢٥٤

مضافة إليه كالصبغ والخياطة وماأشبههما مما لا ينفصل عنه إلا بفساد، فلا اختلاف أن ذلك يوجب له الخيار بين أن يتمسك ويرجع بقيمة العيب أو يرد ويكون شريكا له، ونحوه للباجي في المنتقى وذكر الباجي خمسة الأوجه.

٤٩ ـ قال الحطاب: وأما كيفية التقويم فقد تكلم على ذلك ابن غازي، وحاصله أنه إذا حدثت زيادة عند المشتري ولم يحدث عنده عيب فإنه يخير، فإن اختار الإمساك فيقوم المبيع تقويمين، يقوم سالما، ثم معيبا، ويأخذ من الثمن بنسبة ذلك، وإن اختار الرد قوم تقويمين أيضا فيقوم بالعيب القديم غير مصبوغ ثم يقوم مصبوغا، فما زادت قيمته مصبوغا على قيمته غير مصبوغ نسب إلى قيمته مصبوغا وكان المشتري شريكا في الثوب بنسبته، كما إذا قوم غير مصبوغ بثمانين، وقوم مصبوغا بتسعين، فينسب العشرة الزائدة إلى تسعين فتكون تسعا فيكون المشتري شريكا في الثوب بالتسع، وتعتبر قيمته مصبوغا وغير مصبوغ يوم البيع عند ابن يونس، ويوم الحكم عند ابن رشد، وأما إذا حدث عند المشتري عيب وزيادة فان اختار المشتري الإمساك قوّم المبيع تقويمين كما تقدم، وإن اختار الرد فقال ابن الحاجب: لابد من أربع تقويمات، يقوّم سالما ثم بالعيب القديم، ثم بالحادث، ثم بالزيادة، وقال ابن عبدالسلام: لا حاجة إلى تقويمه سالما ولا إلى تقويمه بالعيب الحادث وإنما يقوم بالعيب القديم ثم بالزيادة فيشارك في المبيع بقدر الزيادة.[1]

ثالثا ـ المانع العقدي: (العيب الحادث)

٥٠ ـ العقد المبرم بين العاقدين يقوم على الإلتزام بما ألزم به كل منهما نفسه من مبيع وثمن، بموجب العقد، ولذا كان حق الرد للمعيب مقيدا بأن لا يقع ما يخل بالالتزامات الموزعة في العقد، فإذا تعيب المبيع عند المشتري بعيب حادث، سواء كان بفعل المشتري أو بآفة سماوية أو بفعل المعقود عليه إن كان ذا حياة، فإن الرد للمعيب ـ وهو الموجَب الأصلي ـ يمتنع، وينتقل إلى الموجَب الخَلَفي وهو الرجوع بالنقصان لأن شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التي كان عليها عند القبض ولم يوجد لخروجه معيبا بعيب واحد فقط، ولأن في الرد إضرارا بالبائع وهو إخلال بطبيعة العقد، لأن المبيع خرج عن ملكه سالما من العيب الحادث فلو ألزم به معيبا تضرر، لأنه إذا كان يضمن العيب القديم لا يضمن الحادث لوقوعه بعد القبض والمبيع بيد المشتري فانعدم شرط الرد، وبما أنه لابد من دفع الضرر عن المشتري لمقابلة الجزء الفائت الذي صار مستحقا له

(١) الحطاب ٤/ ٤٤٧، المقدمات لابن رشد ٢/ ٥٧١ ـ ٥٧٤ الطبعة الأولى.

بالعقد فقد تعين الرجوع بالنقصان ورد حصة الجزء الفائت بالثمن

ولم يجعل الحنفية والحنابلة في رواية للمشتري حق الرد لأن المشتري هو السبب بالعجز عن الرد بما باشره في المبيع ـ أو بما حصل فيه على ضمانه ـ وفي إلزام الرد بالعيب الحادث إضرار بالبائع لا لفعل باشره (وتقصيره بعدم بيان العيب لا يمنع عصمة ماله) فكان الأنظر للطرفين هو دفع الأرش للعيب القديم.[1]

وعند المالكية ـ وهي الرواية الثانية للحنابلة ـ يخير بين الإمساك وأخذ أرش العيب القديم وبين الرد مع أرش العيب الحادث عنده ما لم يقبله البائع بالعيب الحادث.

وصرح الشافعية بأنه لو حدث عند المشتري عيب سقط الرد قهرا ثم إن رضي به البائع رده المشتري أو قنع به، فإن لم يرض به البائع معيبا ضم المشتري أرش الحادث إلى المبيع ورد، أو غرم أرش القديم ولا يرد. فإن اتفقا على أحد الأمرين فذاك وإلا فالأصح إجابة من طلب الإمساك. ويجب أن يعلم المشتري البائع على الفور بالعيب الحادث ليختار، فإن أخر إعلامه بلا عذر فلا رد ولا أرش.

أما الثانية فهي أنه يخير بين الرد مع أرش العيب الحادث وبين الإمساك وأخذ أرش العيب القديم.[1]

سقوط الخيار وانتهاؤه :

٥١ ـ خيار العيب ينتهي بانتهاء العقد أي فسخه، فيكون الخيار منتهيا تبعا له، لكن ذلك يستتبع آثاره أحيانا فيما إذا عاد المبيع المعيب إلى البائع وفيه عيب حادث لدى المشتري. كما ينتهي خيار العيب باختيار إمساك المبيع المعيب وأخذ أرش العيب، وهذا الاختيار إما أن يقع صراحة بالقول المعبر عن الرضا، وإما أن يقع بالتصرف الدال على الرضا، (أما غير الدال على الرضا فيسقط الرد دون الأرش).

وقد ينتهي الخيار بزوال العيب قبيل استعمال حق الرد، وفي بعض صور الولاية عن الصغير وغيره، أو الوكالة، يتعين التنازل عن الخيار لكون الإمساك للعقد أكثر حظوة وفائدة، ونظر الولاية والنيابة عن الغير مبني على الأصلح.

ولا يخفى أن بعض هذه الأسباب المسقطة إرادي يصدر من العاقد، وبعضها يجب عليه شرعا أو يقع دون إرادته، ولهذا تفرقت المسقطات، لاجتذاب هذه العوامل لها إلى :

١ ـ زوال العيب قبل الرد.

---

(١) البدائع ٥/ ٢٨٣، والعناية ٥/ ١٦٠، وفتح القدير ٥/ ١٥٩ ـ ١٦٠، المغني ٤/ ١١٣م٣٠٠٦، الفتاوى الهندية ٢/ ٢٥٥

(١) الهداية وفتح القدير والعناية ٥/ ١٥٩ ـ ١٦٠، والمغني ٤/ ١٣١، مغني المحتاج ٢/ ٥٨ ـ ٥٩، شرح الروض ٢/ ٦٨، الدسوقي ٣/ ١٢٦

٢ ـ إسقاط الخيار بصريح الإسقاط والإبراء عنه، أو التنازل بمقابل.
٣ ـ وجوب ترك الرد رعاية للمصلحة، بحكم الشرع.
٤ ـ الرضا بالعيب صراحة.
٥ ـ التصرفات الدالة على الرضا.

أولا : زوال العيب قبل الرد.

٥٢ ـ يسقط خيار العيب ـ الرد والأرش ـ إذا زال العيب قبل الرد، لأن الشريطة الأولى لقيام الخيار قد تخلفت، ويستوي في ذلك أن يزول بنفسه أو بإزالة البائع، على أن يتم ذلك في زمن يسير ومن غير إضرار بالمشتري. . ولهذا الزوال بعض الصور العملية التي تعرض لها ابن حجر في فتاواه، منها:

تدارك العيب بزمن يسير يمنع الخيار، وذلك فيما لو بيعت أرض وفي المبيع بذر تعهد البائع بتركه أو بالفراغ منه في زمن يسير، لا يتخير المشتري، كما لو اشترى دارا ثم رأى خللا بسقفها أو بالوعة. . يلزم القبول، ولا نظر للمنّة اللاحقة به. ونحوه شراء أرض فيها دفين من حجر أو خشب. . لا تدخل، وتركها غير مضر وقلعها مضر يسقط الخيار، لكون النقل ينقص قيمتها أو يحتاج لمدة لها أجرة (ولا نظر لما في الترك من المنة لأنه ضمن عقد) وهذا الترك إعراض لا تمليك، فللبائع الرجوع فيه، فإذا رجع عاد خيار المشتري، فلو وهبها له بشروطه لزمه القبول وسقط خياره ولا رجوع للبائع .(١)

زوال العيب بالترك من غير لحوق منة : فيما لو أنعل المشتري الدابة ثم بان عيبها، فلو نزع النعل تعيبت وامتنع الرد، وإن تركه فله الرد وليس للبائع الامتناع عن القبول.

وجه عدم المنة في ذلك أن ما يقع في ضمن عقد يكون في مقابلة توفير غرض لباذله فلم توجد فيه حقيقة المنّة، لاسيما وقد انضم إلى ذلك إجبار الشرع له على القبول فهو كاره له، والكاره للشيء لا يتوهم لحوق منة إليه بوجه من الوجوه .(٢)

ثانيا ـ وجوب ترك الرد رعاية للمصلحة :

٥٣ ـ وذلك بأن تكون المصلحة في إمساك المعيب والعاقد مقيد التصرف : وذلك ما إذا كان في العقد غبطة، أي كانت القيمة أكثر من الثمن، ولهذا صور:
أ ـ لو كان المشتري مفلسا، لأن في الرد والحالة هذه تفويت الفرق على الغرماء.
ب ـ لو كان وليا يشتري لموليه في حال يصح فيها شراؤه له، كما لو اشتراه سليما ثم تعيب قبل القبض. لأن الرد تصرف ضار بحق المولى عليه فلا يصح .

(١) الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢/ ٢٤٤
(٢) الفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/ ٢٤٣

ج ـ أو كان عامل قراض ولم يصرح المالك بطلب الرد، للعلة نفسها.[١]

ثالثا ـ إسقاط الخيار بصريح الإسقاط، والإبراء عنه

٥٤ ـ ذكر الحنفية أن إسقاط المشتري خيار العيب إسقاط سائغ، لأن الخيار حق خالص للمشتري فله النزول عنه. وهو في هذا يخالف خيار الرؤية الذي لا يصح إنهاؤه بصريح الإسقاط لأنه خيار حكمي ثبت بالشرع بل يسقط تبعا وضمنا.

هذا عن إسقاط خيار الرد، وأما حق الرجوع بالأرش (نقصان الثمن) فكذلك الأمر يجوز أن يتناوله صريح الإبطال، لأنه حقه كخيار الرد بالعيب لثبوته بالشرط (وهي السلامة المشروطة في العقد دلالة) والإنسان بسبيل من التصرف في حقه مقصودا استيفاء وإسقاطا.[٢]

ومثل الإسقاط في الحكم الإبراء، بأن يبرىء المشتري البائع من العيب، لأن (الإبراء) في حقيقته إسقاط، وللمشتري هنا ولاية الإسقاط لأن الخيار حقه والمحل قابل للسقوط.[٣]

هذا ولا يسقط الخيار بعوض عند الشافعية، فقد سئل ابن حجر الهيتمي عن بذل عوض لترك رد العيب، هل يجوز كعوض الخلع؟ فأجاب: «لا يجوز بذل العوض في مقابلة ترك خيار العيب، لا من الأجنبي ولا من البائع، لأنه خيار فسخ فأشبه خيار التروي في كونه غير متقوم».[١] وهذا غير الأرش لأنه ليس عوضا لترك الخيار أصلا، بل هو تقويم لنقصان الثمن اعترافا بالخيار وعملا بمضمونه.

رابعا ـ الرضا بالعيب صراحة:

٥٥ ـ رضا المشتري بالعيب بعد العلم به إذا عبر عنه بصورة صريحة، كلفظ: رضيت بالعيب، أسقطت خيار العيب، أجزت العقد، أمضيته، ونحو ذلك من العبارات المفيدة للرضا، فإن الخيار يسقط أصلا أي ينتهي حق الرد والأرش معا.

ذلك لأن حق الرد إنما هو لفوات السلامة المشروطة دلالة في العقد، وإذا رضي المشتري بالعيب بعد العلم به فقد دل على أنه نزل عن هذا الشرط، أو أنه لم يشترطه ابتداء وأنه لم يشترط السلامة دلالة، وقد ثبت الخيار نظرا له فإذا لم ينظر لنفسه ورضي بالضرر فذاك له.

وكذلك الحال إذا تناول الرضا بالعيب حق الرجوع بنقصان الثمن، كما لو انتقص المبيع في

---

(١) تحفة المحتاج بحاشية الشرواني ٤/ ١٤٠
(٢) بدائع الصنائع ٥/ ٢٨٢
(٣) البدائع ٥/ ٢٨٢

(١) الفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/ ١٣٦ ـ ١٣٧

يد المشتري وامتنع الرد بسبب النقصان ووجب الأرش، لكن المشتري حينئذ أظهر رضاه بالعيب فإن الخيار يسقط جملة.

خامسا : التصرفات الدالة على الرضا:

٥٦ ـ الرضا بالعيب إما أن يكون صريحا وإما أن يكون بالدلالة ومجالها الأفعال (أو التصرفات) وذلك بأن يوجد من المشتري (بعد العلم بالعيب) تصرف في المبيع يدل على الرضا بالغيب.

قال الكاساني: «كل تصرف يوجد من المشتري في المشترى بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط الخيار». [1]

والتصرفات بالنسبة لهذا المسقط يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنواع:

١ ـ تصرفات استعمال للمبيع واستغلال له وانتفاع منه:

٥٧ ـ وذلك بأي وجه كان دون انتقاص لعينه أو إتلاف له، كلبس الثوب وركوب الدابة (لغير الرد، أو السقي، أو شراء العلف) وسقي الأرض أو زرعها أو حصادها، أو عرض المبيع على البيع أو الإجارة، أو مداواته واستخدامه ولو مرة. فإذا تصرف المشتري بذلك في المبيع بعد علمه بالعيب فهو دلالة على الرضا، وهو

(١) البدائع ٥/ ٢٨٢

دليل قصده الاستبقاء. ودليل الشيء في الأمور الباطنة ـ كالرضا ـ يقوم مقامها. [1]

٢ ـ تصرفات إتلاف للمبيع :

٥٨ ـ والمراد ما كان على غير وجه الاستعمال، كالتمزيق للثوب، وقتل الدابة، فمثل هذا التصرف لغير مصلحته، ويسقط به الخيار. [2]

٣ ـ تصرفات إخراج عن ملكه :

٥٩ ـ إذا أخرج المشتري المبيع عن ملكه بأن عقد عليه عقدا من عقود التمليك كالبيع أو الهبة (مع التسليم) أو الصلح، ثم اطلع على عيب قديم فيه، سقط خياره لتعذر رد المبيع إلى البائع، ففي هذه الحال لا سبيل إلى فسخ البيع بين المشتري الأول وبين بائعه لتعلق حق المشتري الثاني بالمبيع، لأنه بالبيع صار حابسا له فكان مفوتا للرد، ولما كان امتناع الرد هنا بسبب المشتري فلا رجوع له بالنقصان أيضا لأن من شرائطه أن لا يكون امتناع الرد بسبب المشتري. والإقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضا بالعيب وسقوط الخيار من أساسه.

(١) فتح القدير والعناية ٥/ ١٧٧ ـ ١٧٨، والبدائع ٥/ ٢٨٢، ورد المحتار ٥/ ٩٠ ـ ٩١

(٢) شرح مختصر الطحاوي لقاضيخان، نقلا عن حاشية الشلبي على الزيلعي ٤/ ٣٦

ولكن لو فسخ التصرف ورد إليه المبيع بخيار شرط أو رؤية (مثلا) فإن كان قبل القبض فله أن يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء القاضي أو بالتراضي (بالإجماع) وإن كان بعد القبض، فإن كان بقضاء القاضي فله أن يرده على بائعه (بلا خلاف)، وإن كان قبول البائع له بعد القبض بغير قضاء فليس له أن يرده. [1]

٦٠ ـ هذا مذهب الحنفية ـ الذي عليه التبويب ويندرج فيه الحنابلة ـ وقد اختلفت آراء غيرهم، فذهب المالكية إلى أن هذه التصرفات إن كانت بعوض فهي مسقطة للخيار: للرد والأرش معا، وإن كانت بغير عوض فله نقصان الثمن. ومستندهم فكرة استفادة عوض يستدرك به العيب الفائت. وذهب الشافعية إلى التفرقة بين تصرف يحصل به اليأس من عود المبيع للمشتري، كالوقف، فهو مانع للرد، وبين تصرف يرجى معه العود لملكه، كالبيع فهو مسقط للخيار، وذهب الحنابلة إلى إطلاق الحكم في التصرفات كلها ـ إذا تصرف غير عالم بالعيب ـ فإنه مانع للرد وناقل إلى الموجب الخلفي (نقصان الثمن) لتصرفه في ملكه غير عالم بالعيب فلم يكن في تصرفه دلالة على الرضا بالعيب فيقتصر أثره على منع الرد. [1]

إثبات خيار العيب :

٦١ ـ ذكر ابن رشد أنه إذا اتفق البائع والمشتري على حالة من أحوال خيار العيب وجب الحكم الخاص بتلك الحال. فإن أنكر البائع دعوى العيب الموجود فإما أن ينكر وجود العيب، أو ينكر قدمه.

ففي إنكار العيب إما أن يستوي في إدراكه جميع الناس وحينئذ يكفي شاهدان عدلان من أي الناس كانوا، وإما أن يختص بعلمه أهل صناعة ما، فلابد من شهادة أهل تلك الصناعة، وفي مذهب المالكية خلاف فيما يكفي من ذلك:

قيل: لابد من عدلين. وقيل: لا يشترط في ذلك العدالة ولا العدد ولا الإسلام.

وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثرا في القيمة، وفي قدمه أو حدوثه، ثم لم يتحدث عن أجوبة ذلك اكتفاء بانصياع أحوالها لأصول الإثبات المعروفة. [2]

---

(١) تبيين الحقائق ٤/ ٣٥ و٣٧، فتح القدير ٥/ ١٦٠، البدائع ٥/ ٢٨٢ و٢٨٩ «لو باعه المشتري أو وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان لأن امتناع الرد هاهنا من قبل المشتري لأنه بالبيع صار ممسكا عن الرد، لأن المشتري قام مقامه فصار مبطلا للرد الذي هو الحق فلا يرجع بشيء. وذكر من التصرفات المسقطة للخيار إعتاق الرقيق ومكاتبته أو التدبير».

(١) فتح القدير ٥/ ١٥٩ ـ ١٦٢، والبدائع ٥/ ٢٨٩، وشرح التحفة بحاشية الشرواني ٤/ ٣٦٢، والمقدمات لابن رشد ٢٤٨، والخرشي ٥/ ١٣٠، المغني لابن قدامة ٤/ ١٢٣ ـ ١٢٥م ٣٠٢٣ ـ ٣٠٢٧

(٢) بداية المجتهد ٢/ ١٨٣

إثبات العيب ، والاختلاف فيه :

٦٢ ـ الدعوى في العيب والخصومة فيه إما أن تحتاج إلى البرهنة ، وإما أن يعتورها النزاع من الخصم ، ويقع الاختلاف بين العاقدين في مسائل العيب بأنواعها من قدم وحدوث ، وهل الرد لعين المردود أو غيره . . الخ .

وفي مذهب المالكية والشافعية تفصيلات في تنازع المتبايعين في العيب أو في سبب الرد به معظمها تخضع لطرائق الإثبات العامة بعد شيء من التصور للمدعي المنكر.

كما تعرض الحنابلة للاختلاف في قدم العيب وحدوثه ، بما لا يخرج عن طرق الإثبات العامة ، لكنهم ذكروا ما يختص بموضوعنا أنه في العيب الذي لا يحتمل فيه إلا قول أحدهما ، وادعى المشتري كونه قديما ، كالجرح الطري ، فالقول قول من يدعي ذلك بغير يمين . (١)

وتفصيل ذلك في مصطلحي : (قضاء ، ودعوى) .

انتقال خيار العيب :

٦٣ ـ اتفق الفقهاء على أن خيار العيب ينتقل إلى الوارث بموت مستحق الخيار.

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٣٢ ـ ١٣٣ وغيره من شروح خليل ، شرح الروض ٢/ ٧١ ـ ٧٣ ، نهاية المحتاج ٤/ ٩٢ ط٢ ، حاشية البجيرمي على شرح المنهج ٢/ ٢٦٢ ، والإقناع ٢/ ١٠١ ، والمغني ٢/ ١٢٥ ـ ١٢٦م ٣٠٢٨

خيار الغبن

التعريف :

١ ـ الغبن في اللغة : النقص ، فعله : غبن ـ من باب ضرب ـ يقال غبنه فانغبن ، وغبن (بالبناء للمفعول) فهو مغبون أي منقوص من الثمن أو غيره .

وغبنه في البيع والشراء غبنا ، وغبينة (وهي اسم المصدر) أي غلبه ، وفي القاموس : غبنه في البيع : خدعه . (١)

والمعنى الاصطلاحي للغبن مستمد من المعنى اللغوي نفسه فهو ـ كما يقول ابن نجيم من الحنفية ـ : «النقص في الثمن في البيع والشراء» . ومثله النقص في البدل في باقي عقود المعاوضات . ومعنى النقص هنا إذا كان المغبون هو المشتري أن لا يقابل جزء من الثمن بشيء من المبيع لزيادة الثمن عن أكثر تقويم للمبيع من أهل الخبرة .

---

(١) المصباح المنير ، والمغرب ، ومقاييس اللغة ، ورد المحتار ١/ ١٥٩

أما إذا كان المغبون هو البائع فالنقص في الثمن حقيقي.[1]

الخيارات المرتبطة بالغبن :

٢ - للغبن تأثير في كثير من المواطن، غير أنه أحيانا يناط به الحكم صراحة، وأحيانا يناط بسبب مادي أشد منه وضوحا، ويكون هو المؤثر الوحيد، أو أحد المؤثرات.

فمن المواطن التي يؤثر فيها: المبادلات الربوية بين الأجناس المتحدة، والاحتكار، وأنواع من البيوع المنهي عنها، كالنجش، وتلقي الركبان، وبيع الحاضر للبادي، والمصراة ونحوها من صور التغرير الفعلي، والبيع على بيع غيره (أي دخول أجنبي بين المتبايعين للاستئثار بالبيع أو الشراء). وبيع المسترسل، وبيوع الأمانة، وحالة التغرير القولي المقترن بالغبن، لذا كان من الضروري استخلاص أحكام عامة في الغبن الذي تنشأ بسببه بضعة خيارات تختلف المذاهب تجاهها بين نفي وإثبات.

وقد اتخذ ابن قدامة[2] من الغبن مدارا لثلاثة خيارات هي:

١ - تلقي الركبان، إذا اشترى منهم - أو باعهم - بغبن.

(١) البحر الرائق ٧/ ١٦٩

(٢) المغني ٣/ ٥٢٢ ط٤ م٢٧٧٧

٢ - بيع النجش، بالزيادة في السلعة ممن يعمل لمصلحة البائع دون إرادة الشراء ليقع المشتري في غبن.

٣ - المسترسل:[1] ولا ريب في أن خيار المسترسل من صميم خيارات الغبن، لأنه لا تغرير يوجه إليه، إنما هي خيانة طارئة من البائع بعد ما ركن إليه المشتري فترك المساومة في الثمن، ولاذ بالبائع ليجيره من الغبن فأوقعه فيه، فهو خيار غبن حقا.

وتلخيص مواقف المذاهب من الغبن واستلزامه الخيار أو عدمه هو بالصورة التالية:

الحنفية: لا يرون للمغبون خيارا إلا إذا كان مغررا به على الراجح، أو كان غبنا للقاصر.

المالكية: يقولون (في رأي) بالخيار للمغبون مطلقا، أو إذا كان مسترسلا لبائعه.

الشافعية: يقولون (في رأي) بالخيار

الحنابلة: يقتصرون على إثبات الخيار لمن كان مسترسلا وغُبن.

ضابط الغبن المعتبر، وشرطه:

٣ - الغبن الذي يرد به شرعا هو الغبن

(١) المسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة ولا يحسن المبايعة. قال الإمام أحمد: المسترسل هو الذي لا يماكس، فكأنه استرسل إلى البائع فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه. المغني ٣/ ٥٨٤

الفاحش، والإطلاق محمول عليه كلما ذكر في مجال الرد.

والمراد بالغبن الفاحش عند الحنفية والمالكية في الراجح والحنابلة في قول أن العبرة في تقدير الغبن على عادة التجار. وإن اختلفت عباراتهم فإنها كلها تؤدي الى هذا المعنى.

وإنما كانت العبرة بتقويم المقومين، لأنهم هم الذين يرجع إليهم في العيوب ونحوها من الأمور التي تقتضي الخبرة في المعاملات.[1]

والقول الثاني لكل من المالكية والحنابلة أن المعتبر في الغبن الثلث، والقول الثالث للمالكية مازاد على الثلث.[2]

شرط خيار الغبن :

٤ ـ يشترط لقيام خيار الغبن أن يكون المغبون جاهلا بوقوعه في الغبن عند التعاقد. وفي تلك الحال ورد حديث حبان.[3] الذي احتج به بعض القائلين بالخيار (وفيه أنه هناك اشتراط عدم الخلابة أو الغبن) أما إذا كان عالما بالغبن

(١) رد المحتار ٤/ ١٥٩، البحر الرائق ٧/ ١٦٩، جامع الفصولين ٢/ ٣١، الفتاوى الخيرية ١/ ٢٢٠، شرح المجلة لعلي حيدر عند المادة/ ١٦٥، والبدائع ٦/ ٣٠

(٢) الحطاب شرح خليل ٤/ ٤٧٢

(٣) حديث حبان بن منقذ. تقدم في بحث (خيار) وتقدم تخريجه.

وأقدم على التعاقد فلا خيار له، لأنه أتي من قبل نفسه فكأنه أسقط حقه راضيا.[1]

موجب الخيار :

٥ ـ إذا تحقق أن المغبون مسترسل، وكان الغبن خارجا عن المعتاد فللمغبون الخيار بين الفسخ والإمضاء مجانا، فهذا هو الموجب ليس غير، أي إن أمسك المغبون فيه لم يكن له المطالبة بالأرش، وهو هنا مقدار الغبن.[2]

مسقطاته :

٦ ـ يسقط خيار الغبن (مع التغرير) عند الحنفية ـ على ما تضمنته المجلة العدلية ـ بما يلي:

١ ـ هلاك المبيع، أو استهلاكه، أو تغيره، أو تعيبه: وفي حكم الاستهلاك تعلق حق الغير. وليس له أن يدعي بشيء مقابلة لنقصان ثمن المبيع.

٢ ـ السكوت والتصرف بعد العلم بالغبن: فإذا تصرف المغبون في المبيع بعد علمه بالغبن تصرف الملاك بأن عرض المبيع للبيع مثلا، سقط حق الفسخ.

٣ ـ موت المغبون: فلا تنتقل دعوى (التغرير مع

(١) البحر الزخار ٣/ ٣٥٤، المكاسب ٢٣٥ ـ ٢٣٦

(٢) المغني ٤/ ١٠٢، دليل الطالب ص١١٠

الغبن) إلى الوارث، أما موت الغابن فلا يمنع.(١)

خيار غبن المساومة:

٧ - لا يرى الحنفية والشافعية والحنابلة خيار الغبن في المساومة، وكذلك المالكية في الراجح، وهم والحنابلة قد اقتصروا على خيار الغبن للمسترسل (كما سيأتي) ولابد من إفراد الحنفية والمالكية بالذكر لتحقيق مذهبهم في خيار الغبن.

خيار الغبن في مذهب المالكية:

٨ - اختلف النقل عن المالكية في كتب الخلاف في شأن خيار الغبن المجرد والراجح نفيهم له، والذي رجحه شراح خليل هو أن الغبن لغير المسترسل لا خيار فيه مهما كان فاحشا.(٢)

واحتج ابن عبدالسلام من المالكية للمذهب المشهور (لزوم العقد مع الغبن المجرد) بحديث شرائه ﷺ جمل جابر، فقد قال له مساوما: «أتبيعه بدرهم؟ فقال: لا، ثم ثبت أنه باع بخمس أواق على أن له ظهره إلى المدينة».(٣)

فالثمن الأول بالنسبة للأخير غبن، ولو كان معه خيار لما أقدم عليه النبي ﷺ.(١)

حكم الغبن عند الحنفية:

٩ - في مذهب الحنفية خلاف حول الغبن المجرد في بيع المساومة إذا تجرد عن التغرير على ثلاث روايات:

١ - لا يرد بالغبن الفاحش مطلقا (صاحبه تغرير أولا).

٢ - ثبوت حق الرد بالغبن الفاحش مطلقا (بقطع النظر عن التغرير).

٣ - ثبوت الرد بالغبن الفاحش إن صاحبه تغرير، أي لا يكون الخيار للمغبون مطلقا، بل للمغبون المغرور، وهو الراجح عندهم.(٢)

خيار غبن المسترسل

تعريف المسترسل:

١٠ - عرف المالكية المسترسل بأنه: المستسلم لبائعه.(٣)

أما الحنابلة فهو عندهم: الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المبايعة. ويلحظ هنا أن

---

(١) مجلة الأحكام العدلية (المستمدة من المذهب الحنفي) المواد ٣٥٨ - ٣٦٠

(٢) الحطاب ٤/ ٤٧٠ - ٤٧٢

(٣) حديث جابر: أخرجه البخاري (الفتح ٥/ ٣١٤ - ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٢٢٣ - ط الحلبي) وأحمد (٣/ ٣٧٦ - الميمنية).

(١) الحطاب ٤/ ٤٦٩

(٢) رد المحتار ٤/ ١٥٩ - ١٦١، تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن الفاحش بلا تغرير، وهي في مجموعة رسائله ٢/ ٦٨ - ٨٢

(٣) الحطاب ٤/ ٤٧١

المعول على الوصف الأخير وهو عدم الخبرة بالمبايعة، أما جهل قيمة السلعة فيقع فيه كل مغبون، إذ لو عرف القيمة لما رضي بالغبن إلا مضطرا، أو باذلا لقاء رغبة شديدة في السلعة، وسبق العلم بالغبن مسقط للخيار.

وللحنابلة تعريف آخر للمسترسل من كلام الإمام أحمد بأنه: الذي لا يحسن أن يماكس، وبلفظ آخر: الذي لا يماكس، والفارق أن الأول قليل الخبرة بالمجادلة في المبايعة للوصول إلى ثمن المثل دون غبن، أما الأخير فهو الذي لا يسلك طريق المماكسة بقطع النظر عن إتقانه لها أو جهله بها. قال ابن قدامة: فأما العالم بذلك والذي لو توقف لعرف، إذا استعجل في الحل فغبن، فلا خيار له.[1]

خيار غبن المسترسل (عند المالكية):

١١ ـ صرح خليل من المالكية بأنه لا يرد بالغبن ولو خالف العادة. وأفاد شراحه أن ذلك هو المشهور من المذهب، وأن هناك قولا بأنه يرد، أما إن كان الغبن يسيرا فالاتفاق على لزوم العقد معه وعدم الرد.

وقد ذكر ابن رشد في المقدمات أن حكم الغبن يختلف بحسب البيع، ففي بيع المكايسة (المساومة) لا قيام بالغبن (قال): «ولا أعرف في

(١) المغني م٢٧٧٧، ٣/ ٣٩٨، والفروع ٤/ ٩٧

المذهب في ذلك نص خلاف» وبعد أن رد على من وهم في حمل مسألة سماع أشهب على الخلاف، عاد فأشار إلى حكاية بعض البغداديين وجوب الرد بالغبن إذا كان أكثر من الثلث. وجعله موضع تأمل، وأما بيع الاستنامة والاسترسال. فالبيع والشراء على هذا الوجه جائز. والقيام بالغبن في البيع والشراء إذا كان على الاسترسال والاستنامة واجب بإجماع، لقول رسول الله ﷺ: «غبن المسترسل ظلم».[1] هذا ما استدل به ابن رشد.[2]

خيار المسترسل (عند الحنابلة):

١٢ ـ الحنابلة يثبتون خيار الغبن للمسترسل فقط، على الراجح في المذهب، وهي من المسائل التي اختارها ابن تيمية من مسائل

(١) حديث: «غبن المسترسل ظلم». أخرجه الطبراني في الكبير (٨/ ١٤٩ ـ ط وزارة الأوقاف العراقية) من حديث أبي أمامة بلفظ: «غبن المسترسل حرام». وأورده الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٧٦ ـ ط القدسي) وقال: «فيه موسى ابن عمير الأعمى، وهو ضعيف».

(٢) لقد أورد الحطاب عبارته وأشار إلى أن المفهوم المخالف لهذا الاستدلال دليل للحالة الأخرى فقال: وما لم يكن فيه ظلم فهو حق لا يجب القيام به (٤/ ٤٧٠) المقدمات ٢/ ٦٠١ ـ ٦٠٢، الخرشي ٤/ ٦٢، الدسوقي ٣/ ١٤٠ وقال الحطاب: إذا كان من أهل المعرفة بقيمة ما اشتراه، وإنما وقع في الغبن غلطا يعتقد أنه غير غالط فلا رد له أما إذا علم بالقيمة فزاد عليها فهو كالواهب، أو فعل ذلك لغرض فلا مقال له. (الحطاب ٤/ ٤٧١).

الخلاف في مذهب أحمد، لأن الغبن لحقه لجهله بالمبيع، خلافا لغير المسترسل فقد دخل على بصيرة فهو كالعالم بالعيب، وهو مقيس على النجش وتلقي الركبان، وهناك رواية ذكرها ابن أبي موسى (بصيغة: قيل) مقتضاها أن الغبن لازم للمسترسل أيضا، لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد، كبيع غير المسترسل، وكالغبن اليسير.(١)

خيار غبن القاصر (وشبهه):

١٣ ـ أثبت هذا الخيار المالكية في حال غبن الوصي عن القاصر أو الوكيل عمن وكله درءا للضرر عن القاصر والموكل، وبعض المذاهب لجأت إلى إبطال العقد المشتمل على غبنهما.(٢)

فإذا كان البائع ـ أو المشتري ـ بالغبن وكيلا أو وصيا. فيرد ما صدر منهما من بيع أو شراء (أي يثبت حق الرد).

وخيار غبن القاصر يثبت في عقد الشراء اتفاقا بين فقهاء المالكية، واقتصر عليه بعضهم، فأجازوا البيع بالغبن للصبي أو للمتصرف عن الغير، لأن البيع إزالة ملك، فلا يتحقق الغبن فيه، ومن ثمة قيل: البيع مرتخص وغال. فإذا باع القاصر بغبن لا خيار له عند هؤلاء.(١)

موجب خيار غبن القاصر:

١٤ ـ هل للقائم في الغبن في مسألة بيع الوصي والوكيل نقض البيع أو المطالبة بتكميل الثمن؟ وكيف لو تصرف المبتاع في ذلك ببيع؟

أفاض الحطاب في المسألة ناقلا عن ابن رشد في فتوى له ثم قال: والراجح من الأقوال أن للقائم بالغبن نقض البيع في قيام السلعة، وأما في فواتها فلا نقض، وأن القيام بالغبن يفوت بالبيع (أي فيلجأ إلى تكميل الثمن)، أما مع إمكان الرد فهو الموجب).(٢)

مسقطات خيار غبن القاصر:

١٥ ـ ذكر المالكية أن هذا الخيار يسقط بما يلي:

١ ـ التصرف في المبيع.

٢ ـ التلف، أو ما يسميه المالكية (فوات المبيع) قال الحطاب: فإن فات المبيع رجع الموكل والمحجور عليه على المشتري بما وقع الغبن والمحاباة به، فإن تعذر الرجوع على المشتري رجع على البائع ـ وهو الوكيل والوصي ـ بذلك.

---

(١) المغني ٣/ ٤٩٨ م٢٧٧٧، الاختيارات، للعلاء البعلي ص٧٤

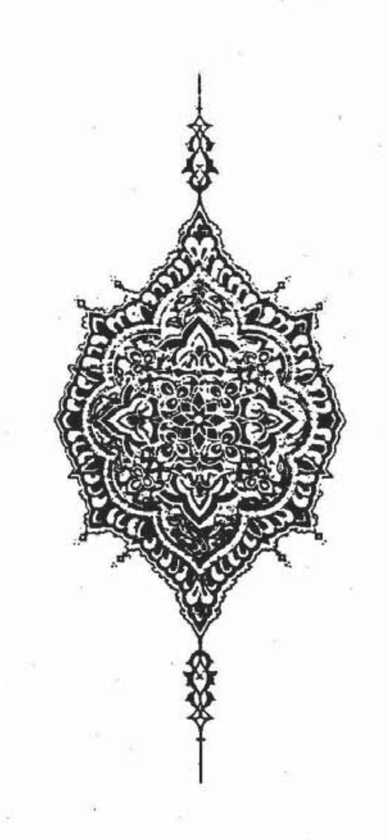
(٢) نصت مجلة الأحكام العدلية (المستمدة من المذهب الحنفي) في المادة ٣٥٦ على أنه استثناء من عدم التخيير في الغبن المجرد عن التغرير «إذا وجد الغبن (وحده) في مال اليتيم لا يصح البيع. ومال الوقف وبيت المال حكمه حكم اليتيم». وقال الشراح: إنه يكون باطلا.

(١) الحطاب ٤/ ٤٧٢، الدسوقي ٣/ ١٤٠

(٢) الحطاب ٤/ ٤٧٣

وإن اشتريا بغبن، وفات ذلك المشتري، رجع الموكل والمحجور عليه على البائع بما وقعت المحاباة والغبن به، فإن تعذر الرجوع على البائع رجعا على المشتري وهو الوكيل أو الوصي. صرح به ابن عتاب وغيره.

ولا يتقيد الرجوع هنا بالثلث، فيرجع بكل ما نقص عن القيمة نقصا بينا، أوزاد عليها زيادة بينة وإن لم يكن الثلث. وهو الصواب على ما قال ابن عرفة، وهو مقتضى الروايات في المدونة.[1]



(١) حاشية الدسوقي ٣/ ١٤٠، الحطاب ٤/ ٤٧٢ - ٤٧٣

خيار فوات الشرط

التعريف :

١ - سبق تعريف الخيار لغة واصطلاحا في مصطلح (خيار) وكذلك سبق تعريف الشرط في مصطلح (خيار الشرط) وفوات الشرط: هو عدم تحقيق الغرض منه، وخيار فوات الشرط: هو خيار يثبت بفوات الفعل المشروط من العاقد فوق مقتضى العقد.[1]

الألفاظ ذات الصلة :

٢ - لهذا الخيار صلة بأنواع الخيارات الأخرى من حيث إنها جميعا تسلب لزوم العقد مع انفراد كل خيار بالإضافة المثبتة له، كالعيب أو الرؤية ونحو ذلك، وينظر ما يتصل بكل خيار في مصطلحه.

الأحكام المتعلقة بخيار فوات الشرط:

٣ - من المبادىء المقررة عند الحنفية أن العاقد إذا امتنع عن الوفاء بشرط التزم به للعاقد الآخر في العقد - وكان شرطا صحيحا - فإن الأصل أن

(١) بدائع الصنائع ٥/ ١٧١، شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٦٠ - ١٦١

يتوصل المشترط إلى تنفيذه بالرجوع إلى القضاء ليوفي المتخلف عن الشرط جبرا. وهذا في شرط يمكن الإجبار عليه، بخلاف ما لا يمكن إجبار الممتنع على فعله. كالتزامه بأن يقدم رهنا بالثمن. فها هنا يثبتون خيار فوات الشرط وإن كانوا لا يسمونه بذلك، بل يعبرون بأن له حق فسخ العقد، يقول الكاساني: يقال له: إما أن تدفع الرهن - أو قيمته - أو تؤدي الثمن (عاجلا) أو يفسخ البائع البيع.. ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض.

ثم نص على أن منه البيع بشرط إعطاء الكفيل، ولم يجعل منه شرط الحوالة والضمان. (١)

أما الشافعية فقد أخذوا بمبدأ النهي عن بيع وشرط، كما لو باعه بشرط أن يقرضه، أو اشترى ثوبا بشرط أن يخيطه البائع، أو زرعا بشرط أن يحصده البائع. لكنهم استثنوا من النهي عن بيع وشرط صورا حكموا بصحتها، كالبيع بشرط الأجل، أو الرهن، أو الكفيل - مع المعلومية والتعيين في ذلك كله - أو بشرط الإشهاد.

فإن لم يوف الملتزم بالشرط بأن لم يرهن أو لم يتكفل الكفيل المعين ثبت الخيار للمشترط لفوات الشرط.

ولا يجبر من شرط عليه الشرط على القيام بما شرط، لزوال الضرر بالفسخ، كما لا يقوم غير المعين مقامه إذا تلف. (١)

ونحو ذلك للحنابلة فقد نصوا على أنه في البيع بشرط الرهن والكفيل إن وفى الملتزم بالشرط لزم العقد، وإن أبى فللمشترط الخيار بين الفسخ والإمضاء بدون مقابل عن ترك الرهن والكفيل. (٢)

والمذهب الحنبلي هو أوسع المذاهب عناية بالشروط وذلك باعتبار أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد. (٣) وقد اعتدوا بمبدأ مقتضى العقد في اعتبار الشروط بعدما وسعوا من مفهومه، على

---

(١) البدائع ٥/ ١٧١ و١٧٢ وذكر صورا من الشروط، منها «ما لو اشترى نعلا (جلدا) على أن يحذوه البائع أو جرابا على أن يخرزه له خفا. جائز استحسانا، للتعامل، وأما شراء ثوب على أن يخيطه البائع له فهو مفسد لعدم التعامل، ويظهر من هذا التعليل إمكان إلحاق كل ما جرى التعامل به فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع.

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣٢، نهاية المحتاج ٣/ ٤٥٥ الجمل على شرح المنهج ٣/ ٧٥ - ٧٨ وهو على الفور لأنه خيار نقص. المجموع ٩/ ٤١٩ للشروط الجائزة فقط دون موجب فواتها.

(٢) منتهى الإرادات ٢/ ١٦٠ - ١٦١ المغني م٣٣٥٥ وذكروا من صور هذا الخيار أن يتلف الرهن المشروط فللبائع المرتهن الخيار (المغني م٣٢٨٨)

(٣) فتاوى ابن تيمية ٣/ ٢٣٩

أســاس أن مصلحــة العــاقــد هي من مقتضى العقـد ولو لم يوجبها العقد فأباحوا أكثر من شرط الرهن والكفيل الذي اقتصر عليه غيرهم، على أن يكـون مما لا يصـادم نصا شرعيا أو أصلا من أصول الشريعة.

وذهب الحنـابلة إلى أن الشـرط قد يكون في ذاتـه غير ملزم شرعـا للمشـروط عليه ومع ذلك يصـح اشـتراطـه وتكـون ثمـرة صحة اشتراطه تمكين المشروط له من فسخ العقد عند عدم وفاء المشترط.[1]

ولم يذكـر الحنـابلة مع هذا خيار فوات الشرط في عداد ما أوردوه من خيــارات.[2] إلا أن صاحب «غـايـة المنتهى» استـوجه أن يزيد على الخيــارات الثـمانيــة المتـداولـة عنـد الحنـابلة (بـاستمـرار) قسـما تاسعـا من أقسـام الخيار وهو الخيــار الــذي ثبت للمشــتري لفقــد شرط صحيـح، أو فقـد شرط فاسد، سواء كان يبطل العقـد أو لا يبطله، وقد أقره الشارح على ذلك الاستدراك، وإن كانت فائدته شكلية فالخيار كما رأينـا معتـبر في المـراجع الفقهية للحنابلة وإن لم تبرزه استغناء عنه بما يوردونه في خيار الشرط من صوره وقيوده.[1]

(١) الشـرح الكبير على المقنـع ٤/ ٣٧٥، والمغني ٤/ ٤٣٠، وكشاف القناع ٣/ ٣٥١

(٢) المقنـع وحـاشيتـه ٢/ ٧٥، والمغني ٤/ ٤٣٠، ومنتهى الإرادات ٢/ ١٦٦ ـ ١٦٧، كشاف القناع ٣/ ١٧٧ و١٩٨ وهو أوسعها سردا للخيارات.

انتقاله بالموت:

٤ ـ نص الشـافعية على أن الخيار الثابت للبائع عند عجز المشتري عن تسليم الرهن المشروط في البيع ينتقل إلى الوارث بلا خلاف.[2]

سقوطه وبقية أحكامه:

٥ ـ يطبق ما يجري في خيــار العيب كما ذكــر في الكـلام عن خيـار فوات الـوصف. (ر: خيار فوات الوصف).



(١) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى ٣/ ١٣٧

(٢) المجموع ٩/ ٢١٠، فتح القدير ٥/ ١٣٥

خيــار فوات الوصف

التعريف :

١ ـ التعـريف المختـار لخيـار فوات الـوصف مستمـدا من ماهية هذا الخيار، هو (حق الفسخ لتخلف وصف مرغـوب اشـترطـه العـاقـد في المعقود عليه).

ومثاله : أن يشتري إنسان شيئا ويشترط فيه وصفا مرغوبا له، كمن اشترى حصانا على أنه عربي أصيـل فإذا هو هجـين، أو اشترى جوادا على أنه هملاج (سريع المشي في سهولة) فإذا هو بطيء، أو سريـع في اضطـراب وعسر، وكذلك شراء البقـرة على أنها حلوب (كثيرة اللبن زيادة عن المعتاد في أمثالها).

ومن الأمثلة العمليـة : اشتراط كون الكلب صائدا، وشرط كون الثمن مكفولا به. (١)

تسميته :

٢ ـ يسمى هذا الخيار أيضا بخيار خلف الوصف المشـروط، وقـد يقتصـر على (خيـار الخلف) أو يدعى (تخلف الصفة)، وأحيـانـا يسميـه بعض المصنفـين (خيـار الـوصف) لكن هذه التسميـة موهمة لأن خيـار الـوصف يطلق عنـد الأكثـرين على مطابقة المبيع الغائب للوصف إذا بيع على الصفة، وهو مما ينتفي به خيار الرؤية إلا عند من يراه للتروي ولـو طابق، كما أن بعضهم يبحثـه مستقلا، وآخرون يلحقونه بخيار العيب أو خيار الشرط. (١)

مشروعية اشتراط الوصف في البيع :

٣ ـ لا سبيل إلى إثبات مشروعية هذا الخيار إلا بإثبـات موضـوعه وهو (اشتراط صفة مرغوبة في المعقـود عليـه لولا الاشـتراط لم تثبت)، ومستند صحـة هذا الاشـتراط هو تسـويـغ الشـروط العقـديـة، وقـد كان للفقهـاء في هذه النظـريـة مواقـف مختلفـة مع صعيـد مشـترك بينهم هو الصحـة، بعـد توافـر ما يتطلبـه كل مذهب من شرائـط. وهـذا المـوضوع واقع في النطاق الذي لا خلاف فيـه بين الفقهـاء، وهو (الشرط الذي يعتـبر من مصـالـح العقـد) كاشتراط الرهن أو

---

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٥، ومطالب أولي النهى ٣/ ١٣٧

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٥ (جعله صاحب الهداية مسألة في خيار الشـرط) تكملة المجمـوع ١٢/ ٣٦٤ (ألحقه بخيار العيب) وكـذلـك المـالكية فقد ابتدأ به (خليل) أحكام العيب بعدما مهـد بقسم موجب الـرد إلى قسمين : أولهما : بعدم مشروط فيـه غرض (وهـو هذا) والثاني : بما العادة السلامة منه (وهو خيار العيب)، الخرشي على خليل ٤/ ٣٥، الدسوقي ٣/ ١٠٨

الكفيل، أما اشتراط صفة زائدة فهو مقيس عليه.

وسبب اعتبار الحنفية اشتراط الوصف سائغا أنهم أنزلوه منزلة الشرط الذي يقتضيه العقد إذا كان لا غرر فيه، ذلك أن الوصف لو كان موجودا في البيع، دون التفات إلى اشتراط المشتري له، فإنه يدخل في العقد ويكون من مقتضياته، فكان اشتراطه صحيحا إذا لم يكن فيه غرر. (١)

ثم إن الوصف المرغوب فيه يرجع إلى صفة الثمن أو المثمن، فهو ملائم للعقد. (٢)

٣م - ولما كان المهم في تسويغ اشتراط الصفة الأثر المترتب على الإخلال بالشرط هل هو الفساد - كما هو الحال في الاشتراط في غير الصفات - أم التخيير بين أمرين أحدهما الرد؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأثر هو التخيير، ولم يقولوا بفساد العقد حين تخلف الوصف لأن تخلفه لا يؤدي إلى اختلاف الجنس وذلك حيث يقع فيه العقد على جنس فيظهر أن المبيع جنس آخر، وإنما لم يكن كذلك هنا لأن فوات الوصف راجع إلى اختلاف النوع

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٥

(٢) العناية شرح الهداية ٥/ ١٣٦، والبدائع ٥/ ١٦٩، والمغني ٤/ ١٣٩ على أحد وجهين وهو الأولى لأن فيه مقصدا صحيحا.

لقلة التفاوت في الأغراض، فلا يفسد العقد بفواته. وصار كفوات وصف السلامة الذي فيه خيار العيب، فيكون في هذا خيار الوصف بالقياس. (١)

مشروعية خيار فوات الوصف:

٤ - ذهب إلى إثبات هذا الخيار الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في الأصح. (٢)

ويستند ثبوته على ثبوت خيار العيب، وبيان ذلك أن فوات الوصف المرغوب بعد أن حصل في العقد الالتزام من البائع به، هو في معنى فوات وصف السلامة في المبيع إذا ظهر فيه عيب، فكما يثبت في الصورة الأخيرة خيار العيب يثبت في الصورة الأولى خيار الوصف. وكل من الخيارين ثبت لتخلف شرط في المحل، غير أن الشرط في خيار العيب ثابت دلالة، كما يقول الكاساني، أما في خيار الوصف فهو ثابت نصا. (٣)

ولهذا أورد الشافعية خيار فوات الوصف تاليا لخيار العيب أو مختلطا به، كما فعل الشيرازي، وقد علل حق الخيار فيه بأنه ظهر أنقص مما شرط،

(١) الهداية وشرحها العناية ٥/ ١٣٦

(٢) البدائع ٥/ ١٦٩، المهذب وتكملة المجموع ١٢/ ٣٦٤، الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٨

(٣) الكاساني: بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٣ و١٦٩

وأضاف السبكي: فصار كالمعيب الذي يخرج أنقص مما اقتضاه العرف.[1]

شرائط قيام خيار فوات الوصف:

٥ - هذه الشرائط بعضها ينبغي وجوده في الوصف ليكون معتبرا اشتراطه، وبعضها يتصل بتخلف الوصف أو فواته لينشأ عن ذلك صحة البيع مع الخيار بدلا من الفساد أو البطلان.

شرائط الوصف المعتبر:

٦ - يشترط لكون الوصف معتبرا:

١ - أن يكون المطلوب وجوده وصفا: أما لو كان ملكية عين أخرى أو منفعة ونحو ذلك مما هو ليس من قبيل الأوصاف فليس من باب فوات الوصف وإنما هو من باب الشروط. ومن هنا ذهب الحنفية إلى فساد اشتراط كون الشاة حاملا، لأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول، وضم المعلوم إلى المجهول يجعل الكل مجهولا، وقد ذكر ابن عابدين أن الوصف، ما يدخل تحت المبيع بلا ذكر، كالجودة، والأشجار، والبناء، والأطراف.[1]

٢ - أن يكون الوصف المرغوب مباحا في الشرع، (أو مقررا منه): فاشتراط المحظور من الأوصاف لاغ، كاشتراطه في الكبش كونه نطّاحا، أو الديك صائلا (لاستعماله في صور من اللهو محظورة) لأن ما لا يقره الشارع يمتنع الالتزام به.[2]

٣ - أن يكون الوصف منضبطا (ليس فيه غرر): وذلك بحيث يمكن معرفته والحكم بوجوده وعدمه.

٤ - أن يكون الوصف مرغوبا فيه: وذلك بحسب العادة، فلو اشترط ما ليس بمرغوب أصلا، كأن يكون معيبا فإذا هو سليم فلا خيار له. ويتصل بالكلام عن مرغوبية الوصف أن يتحقق في المبيع وصف أفضل من الوصف المرغوب، فإذا تبين أن الوصف خير مما اشترطه فالعقد لازم ولا خيار له، وذكروا من أمثلته أن يشترط في الجمل أنه بعير فإذا هو ناقة، والمشتري من أهل البادية الذين يرغبون ما فيه

---

(١) المهذب وشرحه (تكملة المجموع) للسبكي ١٢/ ٣٦٤ - ٣٦٥ وقد رأينا في خيارات النقيصة كيف جعل الغزالي تخلف الوصف أحد أسباب النقيصة الثلاثة (الوجيز ٢/ ١٤١)

(١) البدائع ٥/ ١٧٢ لأن المشروط صفة محضة للمبيع أو الثمن لا يتصور انقلابها بها أصلا ولا يكون لها حصة من الثمن بحال، ولو كان موجودا عند العقد يدخل فيه من غير تسمية. وقال في شرط (الحمل في الجارية): الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطا.

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٥، والعناية ٥/ ١٣٦، ورد المحتار ٤/ ٤٦

الدرّ والنسل.[1] ولأصحاب المذاهب تفصيل في ضبط الوصف المرغوب، فالمالكية يرون أنه ما فيه غرض للعاقد سواء كان فيه مالية أم لا، لأن الغرض أعم من المالية، والشافعية يرون أنه ما فيه مالية لاختلاف القيم بوجوده وعدمه، وأوجزه ابن حجر بقوله: الذي يدل على كلامهم: أنه كل وصف مقصود منضبط فيه مالية. وذكر السبكي تقسيم إمام الحرمين والغزالي والرافعي الصفات المشروطة إلى ثلاثة:

١ - أن يتعلق بها زيادة مالية يصح التزامها ويثبت الخيار بتخلفها.

٢ - أن يتعلق بها غرض صحيح غير المال وتخلفها يثبت الخيار على خلاف.

٣ - أن لا يتعلق بها مالية ولا غرض مقصود، واشتراطها لغو لا خيار بفقده، ثم استحسن من النووي جعلها قسمين بالاقتصار على الغرض المقصود أو عدمه.[2]

(١) العناية وفتح القدير ٥/ ١٣٦ وقد فصّل ابن الهمام وغيره مسألة اشتراط الحمل في الأمة المبيعة. المجموع ٩/ ٣٢٤، المغني ٤/ ١٣٩، مغني المحتاج ٢/ ٣٤، الفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/ ١٣٩

(٢) البدائع ٥/ ١٧٢، الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٨، الفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/ ١٣٩، تكملة المجموع ١٢/ ٣٦٥ وفي ١٢/ ٣٦٦: الأجود اعتبار قوة الغرض وضعفه دون اعتبار المالية، والغرض قد يتعلق بصفة ولا يقوم غيرها مقامها وإن كان أفضل منها من جهة اخرى.

٥ - أن يشترط المشتري الوصف المرغوب، ويوافق على ذلك البائع في العقد، فلا يعتبر حال المشتري قرينة كافية عن الاشتراط.

وذلك لأن هذا الوصف يستحق في العقد بالشرط - لا بمجرد العقد - فلولاه لما استحق.[1]

على أنه تعتبر حال المشتري في تفسير الوصف فيما إذا حصل اشتراطه بصورة مقتضبة. وكذلك يؤخذ حال المشتري بالاعتبار في الحكم على الوصف الموجود في المبيع، هل هو أفضل من الوصف المشروط فيسقط خياره أم دونه. ولو اشترى كلبا معروفا بأنه صائد ثم تبين نسيانه، يثبت للمشتري خيار الوصف ولو لم يشترط صراحة، ككون الكلب صائدا، لأن الظاهر أنه اشتراه رغبة في هذه الصفة، فصارت مشروطة دلالة.[2]

وفي منزلة الشرط الصادر من المشتري ما يصدر من البائع من المناداة على السلعة حال البيع أنها كذا وكذا، فترد بعدم هذا الوصف.

قال الدسوقي: ولا يعد ما يقع في المناداة من تلفيق السمسار حيث كانت العادة أنهم يلفقون مثل ذلك، فلا رد عند عدم ما ذكره في المناداة

(١) العناية وفتح القدير ٥/ ١٣٦

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٧

على الظاهر لدخول المشتري على عدم ذلك.[١]

شرائط تخلف الوصف (أو فواته):

٧ ـ يشترط في تخلف الوصف (لبقاء العقد صحيحا واستلزامه الخيار):

١ ـ أن يكون التخلف داخلا تحت جنس المبيع، أما لو اشترط أن الثوب قطن فإذا هو كتان فالعقد غير صحيح لاختلاف الجنس. ولما كان فوات الوصف الذي يؤدي إلى اختلاف حال المبيع عن المعقود عليه غامضا، وضع الفقهاء له ضابطا يراعى لإعطاء كل حالة حكمها المناسب من بين الأحكام التالية: الفساد، الصحة وثبوت الخيار، الصحة دون خيار.[٢]

والضابط هو فحش التفاوت في الأغراض وعدمه وذلك بأن يقارن المبيع بالمسمى في العقد ويرى مدى الاختلاف بينهما، فإن كان المبيع من جنس المسمى والاختلاف في النوع فحسب، ففيه الخيار، أما إن كان التفاوت في الجنس فحكمه الفساد.

ولهذا تفصيل جيد أورده ابن الهمام،[٣] وهو مثال يحتذى للتمييز في غير الذوات التي اتخذها موضوعا للتوضيح، فقد ذكر أن ضابط اختلاف الموجود عن المشروط هو إن كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار[١] وذكر أن ما فحش التفاوت بين أغراضه فهو أجناس، وما لم يفحش فهو جنس واحد، وأورد فيما يعتبر من الثياب أجناسا كالكتان، والقطن. وأن الذكر مع الأنثى.

وأما اختلاف النوع دون الجنس فمن أمثلته: شراء لحم على أنه لحم معز فإذا هو لحم ضأن، وعكسه.[٢]

حد الفوات:

٨ ـ إذا وجد المشتري في المبيع بعد قبضه أدنى ما ينطلق عليه اسم الوصف المشترط فلا يكون له حق الرد، أما إن لم يجد الوصف أصلا أو وجد منه شيئا يسيرا ناقصا بحيث لا ينطلق الاسم عليه فله حق الرد.

ومثاله أن يشترط في شراء الكلب أن يكون كلبا صائدا، فوصف الصيد له مفهوم وهو الاستجابة للدعوة إلى الانقضاض على الصيد والائتمار بأمر مرسله بحيث يرجع إن استدعاه أو

---

(١) الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١٠٨

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٧

(٣) فتح القدير ٥/ ١٣٧

(١) ونحوه ضابط الشافعية بالجنس وتعليلهم عدم الصحة في بعض الصور بأن العقد وقع على جنس فلا ينعقد على جنس آخر (تكملة المجموع ١٢/ ٣٣٤)

(٢) فتح القدير ٥/ ١٣٧، تكملة المجموع ١٢/ ٣٧١

ينطلق إن أغراه، فمتى وجد هذا الوصف ولو لم يكن بالصورة المثلى التي ينـدر معها إفلات الفريسة منه، لم يكن له حق الرد. أما إذا كان لا يصيد أصلا، أو يصيد بصورة ناقصة لا يستحق معها أن يسمى (صائدا) فله حق الرد.[1]

٢ ـ أن يكون فوات الوصف المشترط ليس عيبا:

٩ ـ وقد تواردت عبارات فقهاء المذاهب المثبتين لهذا الخيار على أن الصفة المقصودة ينبغي أن تكون مما لا يعد فقدها عيبا، وإلا كانت القضية من باب خيار العيب.[2]

موجب خيار فوات الوصف :

١٠ ـ إذا تحقق فوات الوصف المشروط ـ كما سبق ـ وكان مستوفيا الشرائط ثبت للمشتري الخيار. وماهية هذا الخيار أن يكون له حق رد المبيع، أو أخذه بجميع الثمن دون أرش للوصف الفائت.[3]

(١) فتح القدير والعناية ٥/ ١٣٥، وتكملة المجموع ١٢/ ٣٦٥ يكفي أن يوجد من الصفة المذكورة ما ينطلق عليه الاسم ولا يشترط النهاية فيها، البدائع ٥/ ١٦٩، الحطاب ٤/ ٤٤٧، كشاف القناع ٢/ ٣٧

(٢) المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٢٤، المغني ٤/ ١٣٩، تذكرة الفقهاء ١/ ٥٤٠

(٣) فتح القدير ٥/ ١٣٦، المغني ٤/ ٨٣٩ ط٤

هذا، إذا لم يمتنع الرد، فإن امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصة الوصف الفائت من الثمن. وذلك بأن يقوّم المبيع موصوفا بذلك الوصف وغير متصف به، ويرجع بالتفاوت.

وهناك رواية عن أبي حنيفة أنه لا يرجع بشيء، لأن ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد، وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع، فكذا هذا، والصحيح الرواية السابقة ـ وهي من ظاهر الرواية ـ لأن البائع عجز عن تسليمه وصف السلامة، كما في العيب.

أما انحصار الخيار في أمرين، هما الرد أو الأخذ بجميع الثمن، وعدم تخويل المشتري الرجوع بحصة الفوات إلا عند امتناع الرد، فهو أن الفائت وصف، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، لكونها تابعة في العقد تدخل من غير ذكر، ولو فاتت بيد البائع قبل التسليم لم ينقص من الثمن شيء.[1]

(١) فتح القدير ٥/ ١٣٥، والعناية ٥/ ١٣٦ ولينظر لتفصيل قضية الأوصاف وعدم مقابلتها بشيء من الثمن (٥/ ٩١ ـ ٩٣) من الفتح والعناية. تكملة المجموع «إذا ظهر الخلف في الصفة المشترطة وقد تقدم فسخ العقد بهلاك أو حدوث عيب فله أخذ الأرش على التفصيل المتقدم في خيار العيب» ١٢/ ٣٧١

العقود التي يثبت فيها خيار فوات الوصف :

١١ - ذكر الفقهاء أن مجال هذا الخيار هو مجال خيار العيب، وهي أن يكون العقد على ما يتعين، فلا يثبت في المبيع غير المعين بالتعيين، وهو المبيع الذي يثبت في الذمة لأنه إذا لم يظهر على طبق الوصف فهو غير المبيع .

وكذلك لا يثبت في المبيع الغائب، لأن للمبيع الغائب خيارا خاصا به وهو خيار الرؤية .

توقيت خيار فوات الوصف :

١٢ - ذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يثبت على التراخي ولا يتوقت بزمن معين إلى أن يوجد ما يسقطه مما يدل على الرضا . ويرى المالكية توقيته بيوم أو يومين، أما الشافعية فهو عندهم على الفور. وذلك كله منسجم مع اعتبار خيار فوات الوصف بخيار العيب وابتنائه عليه .[1]

انتقاله بالموت :

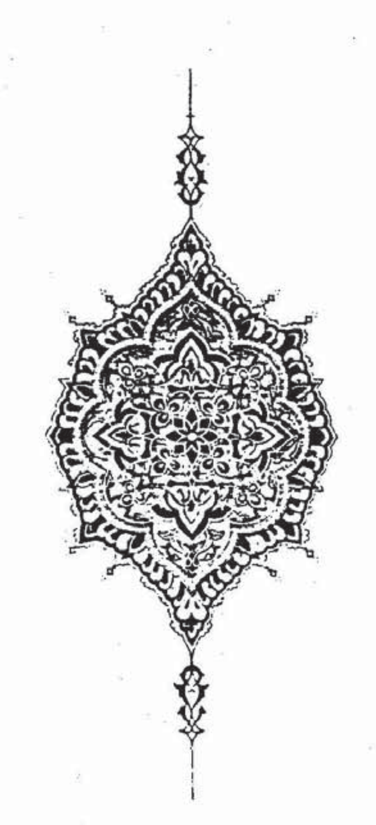
١٣ - هذا الخيار يورث بموت مستحقة، فينتقل إلى ورثته، لأنه في ضمن ملك العين، هكذا صرح الحنفية، وأما غيرهم فالانتقال عندهم مقرر فيه وفي أمثاله من الخيارات المتصلة بالعين .[2]

سقوطه :

١٤ - يسقط بما يسقط به خيار العيب، وتفصيله في (خيار العيب) .

خيار القبول

انظر: بيع



(١) العناية ٥/ ١٣٦، الحطاب ٤/ ٤٤٨، تكملة المجموع ١٢/ ٣٧٠، كشاف القناع ٢/ ٣٩

(٢) البحر الرائق ٦/ ١٩، وفتح القدير ٥/ ١٣٥

خيار كشف الحال

التعريف :

١ - الكشف في اللغة : هو الإظهار، ورفع شيء عما يواريه ويغطيه، يقال : كشفه فانكشف. والتكشف من تكشف أي ظهر، كانكشف. والحال معروف المعنى . (١)

والتعريف الاصطلاحي مستمد من هذا المعنى، فخيار الكشف هو: حق الفسخ لمن ظهر له مقدار المبيع على غير ما ظنه . (٢)

وسماه الحنفية بأسماء عديدة من نفس المادة اللغوية، فقد دعوه : كشف الحال، وانكشاف الحال، والتكشف .

والمراد من هذا الخيار يظهر من استعراض مجاله، فهو يجري في المقاييس الشخصية التي يلجأ إليها المتعاقدان أحيانا بدلا من المقاييس المتعارف عليها، سواء كان المقياس من وسائل الكيل أو الوزن .

ومثاله المتداول لدى الفقهاء . أن يبيع شخص شيئا مما يباع بالكيل أو الوزن فلا يستعمل لتقديره المكاييل أو الموازين المتعارف عليها، بل يبيعه بإناء بعينه لا يعرف مقداره، كصندوق أو كيس . أو بوزن حجر بعينه كذلك . فالبيع صحيح بشروط خاصة (سيأتي بيانها) ومستتبع حق الخيار للمشتري، أي أن البيع غير لازم . (١)

وفي صحته خلاف عنيت بذكره كتب الحنفية .

مشروعيته :

٢ - أخذ الحنفية بهذا الخيار في رواية وذكروه في عداد الخيارات المسماة عندهم . وأثبت هذا الخيار أيضا الشافعية، وإن أطلقوا عليه غير هذه التسمية، وأحيانا لم يسموه بل عبروا عنه .

فقد ذكر ابن حجر أنه لو قال : «بعتك ملء هذا الكوز أو البيت من هذه الصبرة، أو زنة هذه الحصاة من هذا الذهب، هو صحيح . لإمكان الأخذ من المعين قبل تلفه . والعلم بالقدر المعين لا يشترط، بخلاف ما لو قال : في ذمتي صفتها كذا» . (٢)

وقد منعه المالكية وعدّوه من أنواع بيع الغرر المنهي عنها . (٣)

---

(١) المصباح المنير، والمغرب، والقاموس المحيط مادة : «كشف» .

(٢) رد المحتار ٤/ ٢٧ و٤٥

(١) رد المحتار ٤/ ٢٧

(٢) الفتاوى الكبرى لابن حجر ٢/ ١٥٧

(٣) القوانين الفقهية ٢٤٨، المحلى ٨/ ٣٧٧ م١٤٢٠ .

والمنع رواية الحسن بن زياد عن أبي حنيفة.

ووجه القول بالجواز أن الجهالة الثابتة في هذا العقد لا تفضي إلى المنازعة، لأنه يتعجل تسليمه في المجلس (وهو أحد الشروط الخاصة) وإنما يمنع الصحةَ الجهالةُ المفضية للنزاع.

قال ابن الهمام: الوجه يقتضي أن يثبت الخيار إذا كال به أو وزن للمشتري، كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا، نص في جميع النوازل (أي كتب الفتاوى) على أن فيه الخيار إذا علم به، ومعلوم أن ذلك بالوزن. ثم لم يكتف ابن الهمام بما نقل، بل أتى بنظير لهذا الحكم فقال: وأقرب الأمور إلى ما نحن فيه قول أبي حنيفة فيما إذا باع صبرة كل قفيز بدرهم: أنه إذا كال في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشتري كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع، مع أن الفرض أنه رأى الصبرة قبل الكيل ووقعت الإشارة إليها.

أما القول بالمنع فوجهه أن البيع في المكيلات والموزونات، إما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر، ففي المجازفة: المعقود عليه ما يشار إليه، وعند ذكر القدر: المعقود عليه ما سمي من القدر ولم يوجد شيء منهما، فإنه ليس بمجازفة، ولا سمي قدر معين إذ لم يكن المكيال معلوما.[1]

(١) الكفاية شرح الهداية ٥/ ٤٧١، وفتح القدير والعناية (أيضا)

شرائط صحة العقد مع خيار الكشف:

٣ ـ يشترط لصحة البيع المذكور المستلزم خيار كشف الحال:

١ ـ بقاء المكيال، أو الميزان، غير المعروف على حالها:

فلو تلفا قبل التسليم فسد البيع، لأنه لا يعلم مبلغ ما باعه إياه. وهذا الشرط ذكره في البحر نقلا عن السراج وأورده ابن عابدين مُقِرًّا له.[1]

٢ ـ تعجيل تسليم المبيع:

أي تسليمه في مجلس العقد قال ابن الهمام: «كل العبارات تفيد تقييد صحة البيع في ذلك بالتعجيل» ومن ذلك عبارة السرخسي:

لو اشترى بهذا الإناء يدا بيد فلا بأس به، ثم إن في المعين البيع مجازفة يجوز، فبمكيال غير معروف أولى.[2] وهذا لأن التسليم: عقيب البيع.[3]

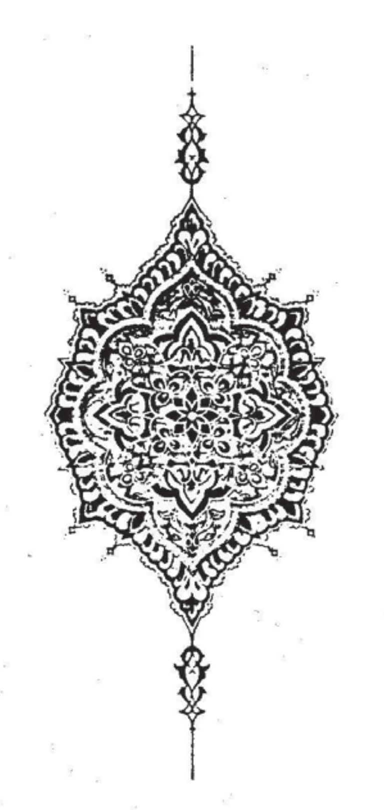
٣ ـ يشترط (في الكيل خاصة) أن لا يحتمل المكيال الشخصي النقصان، بأن لا ينكبس ولا ينقبض، كأن يكون من خشب أو حديد. أما إذا كان كالزنبيل والجوالق فلا يجوز.

(١) رد المحتار ٤/ ٢٧

(٢) رد المحتار ٤/ ٢٧

(٣) فتح القدير ٥/ ٨٦، المبسوط ١٣/ ٢٥٠ ولهذه الشريطة لا يصح السلم بإناء غير معلوم، وبالتالي ليس هو محلا للخيار.

ومن ذلك القبيل بيع ملء قربة بعينها، أو راوية، فعن أبي حنيفة أنه لا يجوز، لأن الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة، لكن أطلق في المجرد جوازه. ولابد من اعتبار القرب المتعارفة في البلد مع غالب السقائين. وعن أبي يوسف إذا ملأها ثم تراضيا جاز. قال ابن الهمام: ولا شك أن القياس ما روي عن أبي حنيفة.. وأما الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد أن يسمي نوع القربة إذا لم تكن معينة. ثم بعد ذلك التفاوت يسير أهدر في الماء.



خيار الكمية

التعريف:

١ - (الكمية)، مصدر صناعي من (كم) وهي الأداة الموضوعة في اللغة للسؤال عن المقدار. [١]

وخيار الكمية في اصطلاح الفقهاء، على ما عرفه صاحب الفتاوى السراجية: خيار البائع في الثمن. [٢] والمراد به (حق البائع في الفسخ لخفاء مقدار الثمن عند التعاقد).

ويسمى هذا الخيار خيار الكمية، لأنه بسبب جهل كمية الثمن، لعدم رؤيته رؤية مفيدة، بل يرى في وعاء بحيث لا يمكن معرفة مقداره.

وهذا الخيار شديد الشبه من حيث الغرض، بخيار الرؤية، ولكنه لم يندرج فيه لما تقرر من أن خيار الرؤية لا يثبت في النقود. [٣]

ولهذا الخيار تطبيقاته - على قلتها - لكنه يقع

(١) القاموس المحيط مادة: «كم»، مغني اللبيب ٢/ ١٨٣ والمصباح المنير.

(٢) حاشية الحموي على الأشباه لابن نجيم ١/ ٣٢٧ ورسالة حدود الفقه لابن نجيم.

(٣) فتح القدير ٥/ ٨٢، رد المحتار ٤/ ٢٢، والفتاوى الهندية ٣/ ١٢٧ نقلا عن قاضيخان.

في حال المساومات الودية، وفي المصالحة عن الحقوق، فيلجأ المبادل إلى تقديم صرة من المال أو ربطة من الأوراق النقدية. بل في المبايعات العادية أحيانا يشتري الشخص شيئا بما في جيبه أو حقيبته من النقود دون بيان المقدار، وإثبات هذا الخيار للبائع عند معرفة المقدار، يحقق تمام التراضي.

مشروعيته :

٢ ـ ذهب الحنفية إلى إثبات هذا الخيار، وأدرجوه في عداد الخيارات التي أحصوها، ورأوا أنه مكمل لخيار الرؤية. (١)

واستدلوا لثبوته بالقياس على خيار العيب، فهو على هذا خيار نقيصة، وربما كان ثبوته علاجا للجهالة ـ وهي التي ثبت لأجلها خيار الرؤية ـ درءا للجهالة وتخفيفا للغرر. وصنيع الحنفية في المقارنة بينه وبين خيار الرؤية يدنوبه إلى خيار الرؤية، فكأنه هو، لولا تخصيص خيار الرؤية بالأعيان، وأما خيار الكمية فهو للنقود. (٢)

أحكام خيار الكمية :

٣ ـ من شروط صحة البيع معرفة مقدار الثمن ووصفه، وذلك إذا كان الثمن من الزمرة التي تدعى : الأثمان المطلقة، وهي التي تثبت مطلقة عن الإشارة إليها. ولذا اشترط معرفة المقدار والوصف لتنتفي الجهالة الفاحشة التي تمنع التسليم والتسلم. بخلاف المشار إليه. فالعلم بالمقدار: كأن يقول عشرة دراهم، والعلم بالصفة: أن يحدد الدراهم بأن ينسبها النسبة المميزة لها عن غيرها إذا كان ثمة دراهم مختلفة، فالمشتري يريد دفع الأدون، والبائع يطلب الأرفع، فلا يحصل مقصود شرعية العقد.

والعقد بثمن مجهول غير صحيح، وذلك كما لو باع شيئا بقيمته أو بما حل به، أو بما يريد المشتري، أو بما يحب، أو أن يجعل الثمن رأس المال أو ما اشتراه به أو بمثل ما اشترى فلان، ولم يعلم المشتري بقدر ذلك في مجلس العقد لم يجز. أما لو علم به فهو جائز. (١)

ومنه ما لو باعه بمثل ما يبيع الناس إلا أن يكون شيئا لا يتفاوت. ومنه أن يبيع على قدر ما باع به ـ وقد اختلف ما باع به ـ أو على ما يبيع به في المستقبل فهذا فاسد. (٢)

٤ ـ وإذا لم يكن الثمن مسمى بالعدد والنوع بل كان مشارا إليه، فإما أن تكون الإشارة إلى ذاته

(١) رد المحتار ٤/ ٤٦، والأشباه والنظائر لابن نجيم، والبحر الرائق له ٢/ ٣

(٢) البدائع ٥/ ٢٢٠

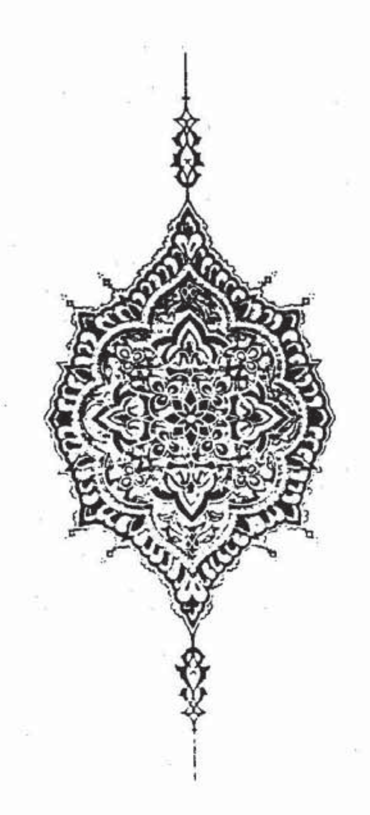
(١) البدائع ٥/ ٢٢٠، ويشكل هذا صورة رئيسة لخيار الكمية مجالها بيوع الأمانة.

(٢) فتح القدير ٥/ ٨٣، رد المحتار ٤/ ٢١

أو إلى وعائه، ففي الإشارة المباشرة إليه كما لو كانت الدراهم في يده وهي مرئية له، فإنه بقبول العقد يصح ويلزم، فلا خيار له، والوجه في هذا أن الباقي هي جهالة الوصف (يعني القدر) وهي لا تضر، إذ لا تمنع من التسليم والتسلم، أما إذا كان مشارا إليه ولكنه في وعاء مانع من معرفة مقداره - ولو على سبيل التقريب - كما لو كان في صندوق أو خابية، ثم رأى الثمن بعدئذ باديا دون وعاء كان له الخيار، لأنه لم يعرف قبل مقداره من الخارج. كما لو كان في صرّة. فمذهب الحنفية عدم التخيير، لأنه عرف المقدار.

أما صاحب الدر من الحنفية فقد فصّل في العبرة على أساس معرفة ما فيها من خارج، فإن كانت تعرف فلا خيار، وإن كانت لا تعرف من الخارج فحينئذ تكون بمثابة الخابية. والضابط في هذا: «أن الوعاء المشتمل على الثمن إن كان يدل على ما فيه. (دلالة تقريبية) فلا يثبت معه خيار الكمية، وإلا ثبت الخيار». [1]

وقد تعرّض الشافعية لما إذا كان الثمن غير مسمى ولا محددا، بل كان صرة من الدراهم تمت المبادلة بها جزافا لا يعلم واحد من المتعاقدين قدرها، لكنها مشاهدة منهما، صح البيع بلا خلاف. لكن هل يكره البيع بصرة الدراهم جزافا؟ فيه لدى الشافعية قولان حكاهما الخراسانيون، أصحهما: يكره، وبه قطع الشيرازي وآخرون، لما فيه من الغرر. والثاني: لا يكره، لأنها مشاهدة. [1]



(١) ابن عابدين ٤/ ٢٢، والفتح ٥/ ٨٢

(١) المجموع شرح المهذب ٩/ ٣٤٣

خيار المجلس

التعريف :

١ ـ سبق الكلام عن كلمة (خيار) في مصطلح خيار بوجه عام، وأما كلمة (المجلس) ـ بكسر اللام ـ فهي ترد في اللغة مصدرا ميميا، واسما للزمان، واسما للمكان، من مادة (الجلوس) واستعماله المناسب هنا هو اسم للمكان، أي موضع الجلوس. ومن الواضح أن كلمة (المجلس) تحمل معنى (مجلس العقد) فهي ليست لمطلق مجلس، بل لمجلس العقد خاصة، وهذا التقييد تشير إليه (أل) فهي للدلالة على المعهود في الذهن. والمراد مكان التبايع أو التعاقد.[1] فما دام المكان الذي يضم كلا العاقدين واحدا، فلهما الخيار في إمضاء العقد أو فسخه، إلى أن يتفرقا ويكون لكل واحد منهما مجلسه المستقل.

ومجلس العقد: هو الوحدة الزمنية التي تبدأ من وقت صدور الإيجاب، وتستمر طوال المدة التي يظل فيها العاقدان منصرفين إلى التعاقد، دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد، وتنتهي بالتفرق، وهو مغادرة أحد العاقدين للمكان الذي حصل فيه العقد.

وفي حكم التفرق حصول التخاير. وهو أن يخير أحدهما الآخر في إمضاء العقد أو رده.

لكن خيار المجلس لا يبدأ من صدور الإيجاب بل من لحاق القبول به مطابقا له، أما قبل وقوع القبول فإن العاقدين يملكان خيارا في إجراء العقد أو عدمه، لكنه خيار يدعى خيار القبول، وهو يسبق تمام التعاقد.

هذا، وإن حقيقة الجلوس ليست مقصودة في هذا الخيار المسمى (بخيار المجلس)، لأن المعتبر هو الفترة الزمنية التي تعقب عملية التعاقد دون طروء التفرق من مكان التعاقد. فالجلوس ذاته ليس معتبرا في ثبوته، ولا ترك المجلس معتبر في انقضائه، بل العبرة للحال التي يتلبس بها العاقدان، وهي الانهماك في التعاقد.

فخيار المجلس هو: حق العاقد في إمضاء العقد أو رده، منذ التعاقد إلى التفرق أو التخاير.

ومعظم المؤلفين يدعون هذا الخيار (خيار المجلس) غير أن بعضهم دعاه (خيار المتبايعين)[1] ولعل هذه التسمية مأخوذة من الحديث المثبت لهذا الخيار، وهو (البيعان بالخيار

(١) مطالب أولي النهى ٣/ ٨٣، ونهاية المحتاج ٣/ ٨٥

(١) هو ابن قدامة في المغني ٣/ ٤٨٢

ما لم يتفرقا). ففي بعض ألفاظه المروية: (المتبايعان بالخيار).[١] وبعض من لا يأخذون بخيار المجلس قد يستعملون هذه التسمية أيضا لكنهم لا يريدونه، بل يقصدون حالات تخيير أخرى ناشئة بأسباب شرعية، تتقيد مدتها بمجلس نشوء الخيار الذي ثبت لمدة لا تجاوز زمن المجلس، نحو تفويض الطلاق للزوجة، حيث لها أن تطلق في مجلس علمها ما لم تقم فتبدل مجلسها، أو تعمل ما يقطع المجلس.[٢]

مشروعية خيار المجلس:

٢ - اختلف الفقهاء في خيار المجلس، فذهب معظمهم إلى القول به، وذهب آخرون إلى إنكاره واعتبار العقد لازما من فور انعقاده بالإيجاب والقبول.

فجمهور الفقهاء من السلف والخلف، ومنهم الشافعية والحنابلة، ذهبوا إلى إثباته، فلا يلزم العقد عند هؤلاء إلا بالتفرق عن المجلس أو التخاير واختيار إمضاء العقد.[٣]

(١) حديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا». أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٣٢٨ - ط السلفية) ومسلم (٣/ ١١٦٤ - ط الحلبي) من حديث حكيم بن حزام.
وأخرج الرواية الاخرى: «المتبايعان بالخيار». البخاري (٤/ ٣٢٨ - ط السلفية) ومسلم ٣/ ١١٦٤ - ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عمر، والسياق للبخاري.

(٢) رد المحتار ٣/ ٣١٦.

(٣) المجموع ٩/ ١٦٩، المغني ٣/ ٤٨٢، والمحلى ٨/ ٤٠٩، نيل الأوطار ٥/ ١٩٧

وذهب الحنفية والمالكية وبعض فقهاء السلف إلى نفي خيار المجلس.[١] كما نفاه من الفقهاء الذين لم تدون مذاهبهم، الثوري والليث والعنبري.

واستدل القائلون بخيار المجلس من السنة القولية بما رواه ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار» وفي رواية «ما لم يتفرقا أو يكون البيع خيارا» وفي رواية أخرى «أو يخير أحدهما الآخر».[٢] ووجه الاستدلال إثبات الخيار من الشرع للمتبايعين، وهما متبايعان بعد تمام البيع بالإيجاب والقبول. أما قبل ذلك فهما متساومان. والحديث وإن جاء بلفظ (المتبايعين) يشمل ما في معنى البيع من عقود المعاوضة.[٣] وورد عن ابن عمر قوله: (كانت السنة أن المتبايعين بالخيار حتى يتفرقا).[٤] ومن المقرر في أصول الحديث، وأصول الفقه، أن قول الصحابي من السنة كذا، له حكم الحديث المرفوع.

(١) فتح القدير ٥/ ٨١، البدائع ٥/ ٢٢٨، الحطاب ٤/ ٣١٠، المحلى ٨/ ٤٠٩ م١٤١٧، نيل الأوطار ٥/ ١٩٧

(٢) حديث: «المتبايعان بالخيار». أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٣٢٦، ٣٢٨، ٣٣٣ ط السلفية) من حديث عبدالله بن عمر برواياته.

(٣) المهذب ١/ ٢٥٧

(٤) نصب الراية ٤/ ٣، وجامع الأصول ٢/ ٩ - ١٠

واستدلوا من السنة الفعلية بأنه ﷺ خيّر أعرابيا بعد البيع، أي قال له: «اختر»، لكي ينبرم العقد، وذلك مصرح به في الحديث بروايته الأخرى، أنه عليه الصلاة والسلام بايع رجلا فلما بايعه قال له: «اختر»، ثم قال: «هكذا البيع». (١)

وهناك آثار للصحابة والتابعين يرجع إليها في مظانها.

واستدلوا له أيضا بالمعقول، كحاجة الناس الداعية إلى مشروعيته، لأن الإنسان بعد أن يبيع شيئا قد يبدو له فيندم، فبالخيار الثابت له في المجلس يمكنه التدارك. (٢)

واحتج النفاة بدلائل من الكتاب والسنة والقياس:

فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾(٣) فهذه الآية أباحت أكل المال بالتجارة عن تراض، مطلقا عن قيد التفرق عن مكان العقد. ويترتب عليه جواز الأكل في

(١) حديث: «خير أعرابيا بعد البيع». أخرجه الترمذي (٣/ ٥٤٢ ـ ط الحلبي) من حيث جابر بن عبدالله. والرواية الأخرى، أخرجها البيهقي (٥/ ٢٧٠ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث عبدالله بن عباس.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/ ١٢٦، المجموع ٩/ ١٨٧

(٣) سورة النساء/ ٢٩

المجلس قبل التفرق أو التخاير، وعند القائلين بخيار المجلس، إذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح له الأكل، فكان ظاهر النص حجة عليهم. (١)

وقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾(٢) فإذا لم يقع العقد لازما لم يتحقق وجوب الوفاء به، وهو ما تقضي به الآية. (٣)

واحتجوا من السنة بقوله ﷺ: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه»(٤) فدل على أنه لا تقييد بالتفرق، فلو كان قيدا لذكره، كما ذكر قيد الاستيفاء في بيع الطعام.

كما أنهم تمسكوا بإحدى روايات حديث المتبايعين التي فيها: «فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله»، (٥) حيث تدل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة. (٦)

وحديث: «المسلمون على شروطهم» وفي

(١) البدائع ٥/ ٢٢٨، فتح القدير ٥/ ٨١، المجموع ٩/ ١٨٤

(٢) سورة المائدة/ ١

(٣) فتح القدير ٥/ ٨١، وبداية المجتهد ٢/ ١٤٠

(٤) حديث: «من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه». أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٣٤٩ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١١٦٠ ـ ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عمر.

(٥) أخرج هذه الرواية أبو داود (٣/ ٧٣٦ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث عبدالله بن عمرو

(٦) المجموع ٩/ ١٨٤

رواية: «عند شروطهم»[١] والقول بالخيار بعد العقد يفسد الشرط، مع أن الحديث يعتبر الشروط.

وقاسوا البيع ونحوه من المعاملات المالية في هذا على النكاح، والخلع، والعتق على مال، والكتابة، وكل منها عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس، بمجرد اللفظ الدال على الرضا، فكذلك البيع.

كما قاسوا ما قبل التفرق على مابعده، وهو قياس جلي.[٢]

ومن طريق النظر قالوا: إن خيار المجلس خيار بمجهول، فإن مدة المجلس مجهولة، فأشبه ما لو شرطا خيارا مجهولا، وهذه جهالة فاحشة ممنوعة في الشرع.[٣]

وكذلك قالوا: إن البيع صدر من العاقدين مطلقا عن شرط، والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال. فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفا في العقد الثابت

(١) حديث: «المسلمون على شروطهم»، وفي رواية: «عند شروطهم». أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث أبي هريرة، وإسناده حسن، والرواية الأخرى أخرجها (الدارقطني (٣/ ٢٧ ـ ط دار المحاسن) من حديث عائشة، وضعف إسناده ابن حجر في التلخيص (٣/ ٢٣ ـ ط شركة الطباعة الفنية).

(٢) نيل الأوطار ٥/ ٢١٠، فتح القدير ٥/ ٨٢

(٣) المجموع ٩/ ١٨٤

بتراضيهما، أو تصرفا في حكمه بالرفع والإبطال من غير رضا الآخر وهذا لا يجوز، كما لم تجز الإقالة أو الفسخ من أحدهما بعد الافتراق.[١]

زمن ثبوت الخيار:

٣ ـ الزمن الذي يثبت فيه خيار المجلس، هو الفترة التي أولها لحظة انبرام العقد، أي بعد صدور القبول موافقا للإيجاب.

أمد الخيار:

٤ ـ أمد خيار المجلس لا يمكن تحديده، لأنه موكول لإرادة كل من المتعاقدين، فيطول برغبتهما في زيادة التروي، ويقصر بإرادة المستعجل منهما حين يخاير صاحبه أويفارقه. فهو يخالف في هذا خيار الشرط القائم على تعيين الأمد بصورة محددة. فانتهاء الخيار على هذا غير منضبط لارتباطه بأحد أمرين: التفرق أو التخاير. وكلاهما غير معروف زمن حصوله.

ولكن هناك وجها في المذهب الشافعي، وصفه النووي بأنه ضعيف، مفاده: أن لخيار المجلس أمدا أقصى هو ثلاثة أيام كيلا يزيد عن خيار الشرط.

وهناك وجه ثالث أن من مسقطاته شروع أحد المتعاقدين في أمر آخر، وإعراضه عما يتعلق

(١) البدائع ٥/ ٢٢٨، والعناية على الهداية ٥/ ٨١، وتبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ٣

بالعقد مع طول الفصل. فهذا المسقط يقصر من أجل الخيار أكثر من التفرق أو التخاير. لأنه يحصره في حالة التعاقد الجادة وهي برهة يسيرة. والراجح لدى الشافعية هو الوجه الأول القائل بأنه ثابت حتى التفرق أو التخاير.(١)

انتهاء الخيار :

٥ ـ أسباب انتهاء الخيار منحصرة في التفرق، والتخاير (اختيار إمضاء العقد). وهناك سبب ثالث ينتهي به الخيار تبعا لانتهاء العقد، أصلا، وهو فسخ العقد، ذلك أن الفسخ هو الذي شرع خيار المجلس لإتاحته، لكنه يأتي على العقد وما بني عليه. وكذلك يسقط الخيار بالتصرف في المبيع، وبالموت، على خلاف بين المذاهب القائلة بخيار المجلس.

أولا : التفرق :

٦ ـ ينتهي خيار المجلس بالتفرق، وهو سبب متفق عليه بين المثبتين له، ويراعى فيه عرف المتعاقدين.(٢)

ثانيا ـ التخاير :

اختيار لزوم العقد :

٧ ـ من أسباب انتهاء خيار المجلس اختيار لزوم العقد، على أن يحصل ذلك من العاقدين

(١) المجموع ٩/ ١٨٠

(٢) المجموع ٩/ ١٨٠، والمغني ٣/ ٥٠٧، ونهاية المحتاج ٤/ ٨، ومغني المحتاج ٢/ ٤٥، والمكاسب ٢٢٢

كليهما، فيسقط به الخيار، وسبيله أن يقولا : اخترنا لزوم العقد، أو أمضيناه، أو ألزمناه، أو أجزناه أو نحوه. واجتماعهما على اختيار اللزوم يسمى : التخاير،(١) وله نظير الأثر الذي يحدث بالتفرق.

الخلاف في التخاير :

٨ ـ اختلف المثبتون لخيار المجلس في انتهائه بالتخاير، فذهب الشافعية وأحمد في رواية وصفها ابن قدامة بأنها أصح إلى انتهاء خيار المجلس بالتخاير.

وذهب أحمد في رواية أخرى إلى عدم انتهاء خيار المجلس بالتخاير، وهو ظاهر كلام الخرقي في مختصره.(٢) مستند الرواية المقتصرة على التفرق أن أكثر الروايات عن النبي ﷺ : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» من غير تقييد ولا تخصيص، وهي رواية حكيم بن حزام، وأبي برزة، وأكثر الزوايات عن ابن عمر.

أما مستند الرواية المصححة التي تجعل المسقط أحد الأمرين : التفرق أو التخاير، فهو الروايات الأخرى المتضمنة لذينك الأمرين، كرواية ابن عمر المرفوعة : «فإن خيّر أحدهما

(١) ومن صور اختيار اللزوم أن يقولا : تخايرنا العقد.

(٢) المجموع ٩/ ١٩٠ شرح المنهج ٣/ ١٠٦، المغني ٣/ ٤٨٦ م٢٧٥٧

صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» أي لزم، وفي رواية أخرى متفق عليها: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن يكون البيع كان عن خيار فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع» قال ابن قدامة: والأخذ بالزيادة أولى. (١)

أحكام التخاير:

٩ - التخاير إما أن يحصل صراحة بنحو عبارة: اخترنا إمضاء العقد، وإما أن يقع ضمنا، ومثاله: أن يتبايع العاقدان العوضين (اللذين جرى عليهما العقد الأول) بعد قبضهما في المجلس، فإن ذلك متضمن للرضا بلزوم العقد الأول. بل يكفي تصرف أحد العاقدين مع الآخر بالعوض الذي له، أي لا يشترط تبايع العوضين، بل هو مجرد تصوير، ويكفي بيع أحدهما لسقوط الخيار وإمضاء العقد. (٢)

وانتهاء خيار المجلس بالتخاير، إنما هو إذا وقع اختيار الفسخ أو الإمضاء من العاقدين، أو قال كل منهما للآخر: اختر، فيؤدي ذلك لسقوط الخيار. أما إذا قال أحدهما للآخر: اختر، فسكت ولم يجب بشيء، فما حكم خيار الساكت؟ وما حكم خيار القائل؟

(١) المغني ٤/ ٤٨٦

(٢) نهاية المحتاج ٤/ ٨ بحاشية الشبراملسي، المجموع ٩/ ١٩١

خيار الساكت بعد التخيير:

ذهب الشافعية وهو الراجح عند الحنابلة إلى أن الساكت لا ينقطع خياره. (١)

والقول الثاني للحنابلة: سقوط خياره. واستدل للاتجاه الأول بأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره فلم يحصل الرضا، إنما سكت عن الفسخ أو الإمضاء. فإسقاط خياره يتنافى مع حقه في الخيار والاختيار بنفسه. (٢)

واستدل للاتجاه الثاني بقياس السقوط على الثبوت، فكما أن ثبوت خيار المجلس لا يتجزأ فلا يثبت لأحدهما دون الآخر، فكذلك سقوطه، ليتساويا في انتهاء العقد، كما تساويا في قيامه ونشوئه. (٣)

خيار المنفرد بالتخيير:

أما خيار الذي بادر إلى تخيير صاحبه فلم يجبه هذا بشيء، ففيه عند الشافعية والحنابلة رأيان:

الأول: سقوط خياره - وهو الأصح - بدلالة تعليق الحديث مصير خيار العاقد على صدور

(١) المهذب والمجموع ٩/ ١٨٥ و٩/ ١٩١

(٢) المغني ٣/ ٤٨٦، منتهى الإرادات ١/ ٣٥٧، المقنع ٢/ ٣٤

(٣) للشافعية نحو هذا الخلاف فيما لو (اختار) أحدهما إمضاء العقد وسكت الآخر. وهذه المسألة غير المذكورة آنفا فتلك فيما لو (خير) صاحبه.. (المجموع ٩/ ١٩١)

التخيير منه، ولأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فسقط خياره.

الرأي الثاني: لا يسقط خياره، لأنه خير صاحبه فلم يختر، فلم يؤثر فيه، **لأن** إقدامه على التخيير كان بقصد الاجتماع على رأي واحد لهما، فلما لم يحصل بقي له خياره.[1]

اختيار فسخ العقد:

١٠ ـ سواء حصل الفسخ للعقد من العاقدين جميعا، أو من أحدهما، فإن العقد ينفسخ بصدوره من أحدهما، ولو تمسك الآخر بإجازة العقد، ذلك أن الفسخ مقدم على الإجازة حين اختلاف رغبة المتعاقدين، لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ دون الإجازة لأصالتها. والفسخ ـ كما ذكر النووي ـ مقصود الخيار.[2]

وفسخ العقد مسقط للخيار تبعا، لأن سقوطه كان لسقوط العقد أصلا، فيسقط الخيار أيضا لابتنائه عليه، وحسب القاعدة الشرعية «إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه».[3]

ولا فرق بين حصول الفسخ مباشرة، أو عقب تخيير أحدهما الآخر، فالأثر للفسخ، لأنه هو مقصود الخيار.[1]

ثالثا ـ التصرف:

١١ ـ يفترق الشافعية عن الحنابلة في هذا المسقط، ففي حين يأباه الأولون، ويصرحون بأن التصرف في المبيع أو الثمن لا يسقط خيار المجلس في غير صورة البيع كما سبق، يذهب الحنابلة إلى التفصيل، ففي عدة صور يسقط بالتصرف من المشتري ـ أو البائع ـ خيارهما جميعا، أو خيار أحدهما.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن أكثر فقهاء الشافعية اكتفوا بالبيان دلالة دون التصريح بعدم الأثر للتصرف في إسقاط خيار المجلس، حيث نصوا في باب خيار الشرط على إسقاطه إياه، وسكتوا في خيار المجلس عن اعتباره مسقطا، لكن بعضهم عزز هذا البيان بالتصريح، ففي شرح القاضي زكريا لمختصره «المنهج» عندما اقتصر على المسقطين: التخاير والتفرق، أضاف محشيه سليمان الجمل قائلا من طريق الحاشية على نهاية المحتاج[3] عن شرح العباب: إنه يفهم من حصره لقاطع الخيار فيهما، أن ركوب المشتري الدابة المبيعة لا يقطع، وهو أحد

---

(١) المجموع ٩/ ١٨٥، مغني المحتاج ٢/ ٤٥، نهاية المحتاج ٤/ ٨، المغني ٣/ ٤٨٦، الفروع ٤/ ٨٣

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٤٤، المجموع ٩/ ١٩١

(٣) من القواعد الكلية التي صدرت بها المجلة المادة/ ٥٢

(١) المجموع ٩/ ١٩١

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٤٥، المغني ٣/ ٤٩١

(٣) نهاية المحتاج بحاشية الشبراملسي ٤/ ٧ ـ ٨

وجهين لاحتمال أن يكون لاختبارها، والثاني يقطع، لتصرفه، والذي يتجه ترجيحه الأول، ولا نسلم أن مثل هذا التصرف يقطعه، ويقاس بالمذكور ما في معناه، ثم أكد هذا بأنه من الفروق بين خيار المجلس وخيار الشرط.[١]

أما الحنابلة، فلديهم صور يسقط بها خيار المتعاقدين أهمها: تصرف المشتري بإذن البائع له في ذلك التصرف، فإنه مسقط لخيارهما، والتصرف صحيح، وذلك لدلالته على تراضيهما بإمضائه، فليس أقل أثرا من التخاير. أما تصرف البائع بإذن المشتري، فالراجح أنه مماثل في الحكم لتصرف المشتري، وقد ذكر في المغني أن فيه احتمالين، وأن الوجه في احتمال عدم إسقاطه للخيار، أنه لما كان لا يحتاج إلى الإذن، فتصرفه كما لو كان بغير إذن.[٢]

أما تصرف أحدهما بتصرف ناقل، كالبيع، أو الهبة، أو الوقف، أو بتصرف شاغل كالإجارة، أو الرهن.. فلا يسقط الخيار، لأن البائع تصرف في غير ملكه - بناء على أن الملك في مدة الخيار للمشتري عندهم - وأما المشتري

(١) شرح المنهج بحاشية الجمل ٣/ ١٠٦، وقد استوجه بعدئذ قيدا على الإطلاق في إسقاط التصرف لخيار الشرط ٣/ ١١٩

(٢) المغني ٣/ ٤٩١ م٢٧٦٤، وكشاف القناع ٣/ ٢٠٩ وقد سوى بين صورتي البائع والمشتري في الإذن.

فإنه يسقط حق البائع من الخيار، واسترجاع المبيع، وقد تعلق حق البائع به تعلقا يمنع جواز التصرف فمنع صحته أيضا.[١]

رابعا: إسقاط الخيار ابتداء:

١٢ - المراد هنا بإسقاط الخيار: التنازل عنه قبل استعماله، وذلك قبل التعاقد، أو في بداية العقد قبل إبرامه، وتسمى هذه المسألة: التبايع بشرط نفي الخيار. وعلى هذا الاصطلاح لا يعتبر منه التخلي عن الخيار بعد التعاقد، أثر استحقاق العاقدين له وسريان المجلس، فالتخلي عنه حينئذ بالتخاير يستحق اسم (الانتهاء) للخيار، لا الإسقاط له.

أما حكم هذا الإسقاط فقد اختلف فيه القائلون بخيار المجلس، فكان لهم فيه الآراء التالية:

الأول: صحة الإسقاط، وهو مذهب الحنابلة، ووجه ليس بالمصحح عند الشافعية.

الثاني: امتناع الإسقاط وبطلان البيع أيضا، وهو الأصح عند الشافعية، وهو المنصوص في البويطي، وكتب المذهب القديم.

الثالث: امتناع الإسقاط وصحة البيع، وهو وجه عند الشافعية غير مصحح.[٢]

(١) المغني ٣/ ٤٩٠ م٢٧٦٣، وكشاف القناع ٣/ ٢٠٨، ٢٠٩

(٢) المغني ٣/ ٤٨٦ م٢٧٥٧، كشاف القناع ٣/ ٢٠٠، =

وسواء في إسقاط الخيار في ابتداء العقد أن يسقطاه كلاهما، أو ينفرد أحدهما بإسقاط خياره، أو يشترطا سقوط خيار أحدهما بمفرده. ففي إسقاط خياريهما يلزم العقد، وفي إسقاط خيار أحدهما يبقى خيار الآخر. [١]

وقد احتج من صحح إسقاط الخيار قبل العقد بحديث الخيار نفسه، حيث جاء في إحدى رواياته: «فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» وفي رواية: «إلا أن يكون البيع كان عن خيار، فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع». [٢] وهذه الروايات، وإن كان المراد بها التخاير في المجلس، فهي عامة تشمله وتشمل التخاير في ابتداء العقد، فهما في الحكم شيء واحد. ولأن ما أثر في الخيار في المجلس، أثر فيه مقارنا للعقد، فكما يكون للعاقد التنازل عن الخيار بعد استحقاقه له ذلك قبيل التعاقد، وتشبيهه بخيار الشرط في جواز إخلاء العقد عنه، فكذلك خيار المجلس.

ومما استدل به بعض أصحاب الشافعي الذين نحوا في هذه المسألة منحى الحنابلة، أن الخيار جعل رفقا بالمتعاقدين، فجاز لهما تركه. ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه.

أما دليل المنع ـ وهو الأصح في مذهب الشافعي ـ فهو أنه إسقاط للحق قبل ثبوت سببه، إذ هو خيار يثبت بعد تمام البيع فلم يجز إسقاطه قبل تمامه، وله نظير هو (خيار الشفعة) فإن حق الشفيع في ذلك لا يمكن إسقاطه قبل ثبوته.

واحتج بعضهم بأن إسقاط خيار المجلس ينافي مقتضى البيع لثبوته شرعا مصحوبا بالخيار، فأشبه ما لو شرط أن لا يسلم المبيع.

أما دليل جواز إسقاط الشرط فقط وصحة البيع، فهو ما في الشرط من مخالفة مقتضى العقد، لكنه لما كان لا يؤدي إلى جهالة في أحد العوضين، يبطل وحده ولا يبطل العقد. [١]

أسباب انتقال الخيار:

أولا: الموت:

١٣ ـ اختلفت الآراء في أثر الموت على خيار المجلس على الصورة التالية:

= الشرح الكبير على المقنع ٤/ ٦٤، المهذب، والمجموع ٩/ ١٨٥ و١٩٠، مغني المحتاج ٢/ ٤٤ ونهاية المحتاج ٤/ ٨

(١) كشاف القناع ٣/ ٢٠٠

(٢) حديث: «فإن خير أحدهما الآخر». أخرجه مسلم (٣/ ١١٦٣ ـ ط الحلبي). من حديث عبدالله بن عمر. والرواية الثانية أخرجها النسائي (٧/ ٢٤٨ ـ ط المكتبة التجارية).

(١) المغني ٣/ ٤٨٥ ـ ٤٨٦ م٢٧٥٧، والمجموع شرح المهذب ٩/ ١٨٥، مغني المحتاج ٢/ ٤٤، الشرح الكبير على المقنع ٤/ ٦٤ ـ ٦٥، كشاف القناع ٢/ ٤٤٥

الأول: انتقال الخيار بالموت إلى الوارث، وهو الأصح من مذهب الشافعية.

الثاني: سقوط الخيار بالموت، وهو مذهب الحنابلة.

الثالث: التفصيل بين وقوع المطالبة من الميت به في وصيته، وعدم تلك المطالبة، وهو قول للحنابلة.[1]

استدل القائلون بانتقال الخيار - بالموت - إلى الورثة بظاهر القرآن، والأحاديث، في انتقال ما تركه الميت من حق إلى الورثة، ومن ذلك حديث: «من ترك مالا فلورثته».[2] وخيار المجلس خيار ثابت لفسخ البيع فلم يبطل بالموت كخيار الشرط.

كما استدلوا بقياس خيار المجلس على خيار العيب، فكلاهما حق لازم ثابت في البيع بحكم الشرع، ولا خلاف في انتقال خيار العيب بالموت، فكذلك خيار المجلس. ويقاس أيضا على خيار الشرط، وهم يقولون بأنه مما يورث.

واستدل القائلون بإبطال الخيار بموت صاحبه، بأنه إرادة ومشيئة، تتصل بشخص

(١) مغني المحتاج ٢/ ٤٥، المجموع ٩/ ٢٠٦، الفروع ٤/ ٩١، المغني ٣/ ٤٨٦

(٢) أخرجه البخاري (الفتح ١٢/ ٩ - ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١٢٣٧ - الحلبي) من حديث أبي هريرة.

العاقد، وانتقال ذلك إلى الوارث لا يتصور.[1]

ثانيا: الجنون ونحوه:

١٤ - إذا أصيب أحد العاقدين في مجلس العقد بالجنون، أو أغمي عليه، انتقل الخيار - في الأصح - إلى الولي، من حاكم أو غيره: كالموكل عند موت الوكيل، وقد ارتأى بعض الفقهاء أن ذلك حيث يئس من إفاقته أو طالت مدته، لكن الراجح عدم الانتظار مطلقا.[2]

وكذلك إن خرس أحدهما، ولم تفهم إشارته، ولا كتابة له، نصب الحاكم نائبا عنه، وإن أمكنت الإجازة منه بالتفرق، وليس هو محجورا عليه وإنما الحاكم ناب عنه فيما تعذر منه بالقول، أما إذا فهمت إشارته، أو كان له كتابة فهو على خياره.

وهناك قول آخر بسقوط الخيار في الجنون والإغماء، لأن مفارقة العقل ليست أولى من مفارقة المكان.[3]

وذهب الحنابلة إلى أن الجنون لا يبطله، فهو

(١) نهاية المحتاج ٤/ ٨، ومغني المحتاج ٢/ ٤٦، والمجموع ٩/ ٢٢٢، المغني ٣/ ٤٨٦، الفروع ٤/ ٩١ وفيه: وقيل: كخيار الشرط، أي لا يورث إلا بمطالبة الميت به في وصيته.

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ١٠٨

(٣) مغني المحتاج ٢/ ٤٦

على خياره إذا أفاق، أما في مطبق الجنون والإغماء، فيقوم أبوه أو وصيه أو الحاكم مقامه، بخلاف الموت لأنه أعظم الفرقتين.[١]

آثار خيار المجلس :

١٥ - لخيار المجلس آثار مختلفة في العقد، لكن أحدها يعتبر الأثر الأصلي للخيار، في حين تكون الأخرى آثارا فرعية، هذا الأثر الأصلي هو المقصود من الخيار ومن كل الخيارات. ولذا يمكن أن يسمى (الأثر العام)، وهو منع لزوم العقد، ويترتب على امتناع لزوم العقد آثار متفرعة عنه تتصل بانتقال الملك وغيره.

أولا : الأثر الأصلي :

منع لزوم العقد :

١٦ - مفاد ذلك اعتبار العقد غير لازم إلى أن يحصل التفرق عن مجلس العقد، أو اختيار إمضاء العقد. فيكون لكل من العاقدين فسخه قبل ذلك.

وهذا الأثر متفق عليه عند القائلين بخيار المجلس، ذلك أن مقصود الخيار الفسخ،[٢]

(١) الإقناع ٢/ ٨٤، مطالب أولي النهى ٣/ ٨٦. منتهى الإرادات ١/ ٣٥٧، منار السبيل ١/ ٣١٦، المغني ٣/ ٤٨٦، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام البعلي ص٣٦

(٢) المجموع ٩/ ١٩١

ولا يتحقق هذا المقصود إلا بتقاصر العقد عن مرتبة القوة، والاستعصاء عن الفسخ. وهذا التقاصر سبيله أن يظل العقد غير لازم إلى أن ينتهي الخيار.

ثانيا : الآثار الفرعية :

انتقال الملك

١٧ - هذا الأثر مختلف فيه بين الفقهاء القائلين بخيار المجلس على رأيين :

الرأي الأول : فقدان الأثر :

وهذا ما ذهب إليه الحنابلة - في ظاهر المذهب - (وهو نص الشافعي في زكاة الفطر).[١] وعلى هذا ينتقل الملك إلى المشتري مع وجود خيار المجلس. ولا أثر له على نفاذ العقد، بمعنى أنه لا يتوقف، كما لا أثر له على صحة العقد، فهو ينتج أحكامه كلها - مع بقائه قابلا للفسخ - خلال المجلس إلى حصول ما ينهي الخيار من تفرق أو تخاير.

الرأي الثاني : تقييد النفاذ :

وهو مذهب الشافعية - في الأظهر عندهم من ثلاثة أقوال - أن للخيار أثرا في نفاذ أحكام العقد، فهو يعتبر موقوفا مراعى من حيث انتقال

(١) المغني ٣/ ٤٨٨ م٢٧٦٠، الفروع ٤/ ٨٦، كشاف القناع ٢/ ٥٠، المجموع ٩/ ٢٣٠، مغني المحتاج ٢/ ٤٤

الملك، فلا يحكم بأنه مملوك للمشتري ولا للبائع، بل ينتظر، فإن تم العقد، حكم بأنه كان ملكا للمشتري بنفس العقد، وإلا فقد بان أنه ملك البائع لم يزل عن ملكه. وهكذا يكون الثمن موقوفا. (١)

واستدل أصحاب الرأي الأول (القائل بانتقال الملك) بأدلة كثيرة، أهمها الاستدلال بالسنة، وهي قوله عليه الصلاة والسلام: «من باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع»(٢) وحديث: «من باع نخلا بعد أن تؤبر، فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع»(٣) وجه الدلالة فيهما: أنه جعل المال المصاحب للعبد، والثمرة للمبتاع بمجرد اشتراطه، واستدلوا من وجوه المعقول، بأن البيع مع وجود خيار المجلس بيع صحيح، فينتقل الملك في أثره، ولأن البيع تمليك، فيثبت به الملك، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه. (٤)

أما أصحاب الرأي الثاني (القائل بأن الملك موقوف مراعى إلى أن ينتهي الخيار، فيعرف كيف كان عند العقد) وهو ظاهر مذهب الشافعية بأن الخيار (كخيار الشرط مثلا) إذا ثبت للبائع وحده لم ينتقل الملك في العوضين، وإذا ثبت للمشتري وحده انتقل الملك فيهما، فإذا ثبت الخيار للعاقدين (وذلك ما يحصل في خيار المجلس، بحكم الشرع) فإن مقتضى ثبوته للبائع عدم انتقال الملك، ومقتضى ثبوته للمشتري انتقاله، فلابد من التوقف والمراعاة (الترقب) إلى أن ينتهي الخيار بالتفرق، أو التخاير، أو غيرهما. (١)

أثر خيار المجلس على العقد بخيار شرط:

١٨ - لا أثر لخيار المجلس على خيار الشرط، فإن مدة خيار الشرط تحسب من حين العقد الواقع فيه الشرط. هذا إذا كان خيار الشرط قد اشترط في العقد، أما إن اشترط في المجلس فإن المدة تحسب من حين الشرط. (٢)



(١) المجموع ٩/ ٢٣٠، نهاية المحتاج ٤/ ٢٠

(٢) حديث: «من باع عبداً وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع». أخرجه أبو داود (٣/ ٧١٦ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث جابر بن عبدالله، وقال المنذري: «في إسناده مجهول»، كذا في مختصر السنن (٥/ ٨٠ - نشر دار المعرفة).

(٣) حديث: «من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع». أخرجه البخاري (الفتح ٥/ ٣١٣ - ط السلفية)، ومسلم (٣/ ١١٧٢ - ط الحلبي) من حديث عبدالله بن عمر، واللفظ للبخاري.

(٤) المغني ٣/ ٤٨٨، وكشاف القناع ٢/ ٥١

(١) نهاية المحتاج بحاشية الشبراملسي ٤/ ٢٠، ومغني المحتاج ٢/ ٤٤، والمجموع ٩/ ٢٢٨

(٢) نهاية المحتاج ٤/ ١٩

خيار المرابحة

انظر: بيع الأمانة

خيار المسترسل

انظر: بيع الأمانة

خيار المواضعة

انظر: بيع الأمانة

خيار النجش

انظر: بيع منهي عنه

خيار النقد

التعريف :

١ ـ سبق تعريف الخيار. أما النقد فمن معانيه لغة: الإعطاء والقبض، يقال نقدت الرجل الدراهم، فانتقدها بمعنى أعطيته إياها فقبضها.

وخيار النقد اصطلاحا هو: (حق يشترطه العاقد للتمكن من الفسخ لعدم النقد).[١]

وله صورتان :

١ ـ التعاقد واشتراط أن المشتري إذا لم ينقد الثمن إلى مدة معلومة فلا عقد بينهما. ومستعمل الخيار في هذه الصورة هو المشتري، وإن كانت فائدته الكبرى للبائع. وقد وصفوا هذه الصورة أنها بمنزلة اشتراط (خيار الشرط) للمشتري.

٢ ـ التعاقد ثم قيام المشتري بالنقد مع الاتفاق على أن البائع إذا رد العوض في مدة معلومة فلا عقد بينهما. ومستعمل الخيار هنا هو البائع، وهو

---

(١) المصباح مادة: «نقد»، رد المحتار ٤/ ٧٥، البدائع ٥/ ١٧٥

وحده المنتفع بالخيار. وهذه الحالة الثانية ذات شبه تام ببيع الوفاء مما جعل بعضهم يدخل بيع الوفاء في خيار النقد، وهو قول البائع للمشتري: بعتك هذه الدار بكذا بشرط أني متى رددت إليك الثمن في موعد كذا ترد إلي المبيع، وهذه الصورة بمنزلة اشتراط (خيار الشرط) للبائع.[1]

مشروعيته:

٢ - أثبت هذا الخيار المالكية والحنابلة والحنفية، إلا زفر بن الهذيل. وقال به الثوري وإسحاق وأبو ثور، وحكي عن عمر وابن عمر، وقال به من الشافعية أبو إسحاق الشيرازي محتجا بأثر عمر فيه.

وخالف في هذا الخيار الشافعية في الصحيح، وزفر.[2]

واستدل مثبتو هذا الخيار بالقياس وآثار الصحابة ووجوه من المعقول.

أما القياس فهو مقيس على خيار الشرط لاتحاد العلة بينهما، وهي التروي. فهاهنا

(١) رد المحتار ٤/ ٤٩، الفتاوى الهندية نقلا عن الذخيرة ٣/ ٣٩، المعاملات الشرعية ص١٢٥

(٢) البدائع ٥/ ١٧٥، فتح القدير ٥/ ٥٠٢، الفتاوى الهندية ٣/ ٣٩، البحر الرائق ٦/ ٦، المجموع ٩/ ١٩٣، المغني ٥/ ٥٠٤، الاختيارات ص٧٣

يتروى البائع أيحصل له الثمن أم لا. وكذلك يتروى المشتري أيناسبه البيع أم لا، فيسترد ما نقد (باشتراط ذلك مع البائع).[1]

وأما آثار الصحابة في ذلك، فقد روي الأخذ به عن عمر وغيره، وذكر عبدالرزاق في المصنف أن عمرو بن دينار أثبته، وقضى به شريح في واقعة، وأن المشتري جاء بالثمن من الغد فاختصما إلى شريح فقال: أنت أخلفته.[2]

واحتجوا له من وجوه المعقول بداعي الحاجة إليه، كالحاجة إلى خيار الشرط، للتروي من المشتري في معرفة قدرته على النقد، ومن البائع ليتأمل هل يصل إليه الثمن في المدة تحرزا عن المماطلة من العاقد الآخر.[3]

واستدل من لم يثبت هذا الخيار بأنه ليس بشرط خيار، بل هو شرط فاسد مفسد للعقد، لأنه شرط في العقد شرطا مطلقا وعلق فسخه على غرر، فأشبه ما لو عقد بيعا مثلا بشرط أنه إن قدم زيد اليوم فلا بيع بيننا. واحتج زفر لنفيه بقياس آخر هو أنه بيع شرطت فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط، واشتراط الإقالة الصحيحة في البيع مفسد للعقد فكيف باشتراط الفاسدة؟[4]

(١) فتح القدير ٥/ ٥٠٢ ط٢، البدائع ٥/ ١٧٥، المغني ٣/ ٥٣١

(٢) المغني ٣/ ٥٣١ - ٥٣٢، المصنف ٨/ ٥٨

(٣) فتح القدير ٥/ ٥٠٢

(٤) المغني ٥/ ٥٠٤ ط٤، المجموع ٩/ ١٩٣، فتح القدير ٥/ ٥٠٢

وما ذكره زفر هو القياس، وقد ذكر الكاساني أن ثبوت خيار النقد على خلاف القياس، فهو جائز بالاستحسان، ووجه الاستحسان أن البيع الذي فيه خيار النقد هو في معنى البيع الذي فيه خيار الشرط بجامع التعليق في كليهما، كل ما في الأمر اختلاف المعلق عليه بين كونه مرور المدة دون فسخ أو مرورها دون نقد. ولا يمنع ثبوته بالقياس (أو بالدلالة التي هي أقوى منه) أنه ثبت استحسانا على خلاف القياس، فالمراد قياسه على خيار الشرط وكلاهما ثبتا على خلاف القياس، أي مخالفين للأصول العامة القاضية بلزوم العقد كأصل ثابت.

صاحب الخيار :

٣ ـ يمكن أن يكون صاحب الخيار المشتري أو البائع بحسب الصورة التي اشترط فيها، فإذا ظهر بعبارة (على أن المشتري إذا نقد في المدة، وإلا فلا بيع) فصاحبه هو المشتري، لأنه هو المتمكن من الفسخ بعدم النقد. وأما إن ظهر بعبارة (إن رد البائع الثمن خلال المدة المعينة فالبيع مفسوخ) فصاحب الخيار هو البائع، ورده الثمن تصرف منه بالفسخ.

وفائدة البائع من هذا الخيار أكثر من المشتري لأنه يستفيد منه، سواء أكان الخيار للمشتري، أم كان البائع صاحب الخيار، لانتفاعه بحصول الفسخ إذا مطل المشتري.[1]

مدة خيار النقد :

٤ ـ لم تتفق الآراء الفقهية في مدته، بل اختلفت، أسوة بالخلاف الواقع في خيار الشرط، لأنه في معناه، مع بعض المغايرة نظرا لثبوت خيار الشرط بالنص وثبوت هذا الخيار بالاجتهاد، والآراء في مدته هي :

١ ـ التفويض للمتعاقدين : فلهما أن يحددا الأمد الذي يريان فيه مصلحتهما، ولو زاد عن ثلاثة أيام. وهذا مذهب الحنابلة ومحمد بن الحسن وحده من الحنفية، وقد جرى على موجب قوله في خيار الشرط، وعليه الثوري وإسحاق.

٢ ـ التحديد بثلاثة أيام، أو ما يقاربها : وليس للمتعاقدين أن يشترطا مدة زائدة. فالتحديد بالثلاث قول أبي حنيفة وصاحبه أبي يوسف (وقد خالف صنيعه في خيار الشرط لتفريقه بينهما، لورود آثار فيه بما فوق الثلاث، وبقي خيار النقد على أصل المنع) وهو أيضا مذهب أبي ثور وحكي عن ابن عمر. وأما التحديد بما يقارب الثلاث على أن لا يجاوز العشرين يوما فهو قول مالك.

هذا، وإن اشترط ما يزيد عن الثلاث،

(١) البحر الرائق ٦/ ٧، فتح القدير ٥/ ٥٠٢، رد المحتار ٤/ ٤٩.

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف، ينظر إن نقد في الثلاث جاز، وإلا فسد البيع ولم ينفسخ، كما حققه ظهير الدين، وأقر ذلك ابن الهمام وابن عابدين. وقد جعلوا ذلك قيدا موضحا للمراد من عبارة (فلا بيع بيننا) في صورتي خيار النقد، فإنها بظاهرها تقتضي الانفساخ بعد النقد أو بالرد بعد النقد، لكنهم حملوا المراد على أنه للفساد، أي يستحق الفسخ ويمكن انقلابه صحيحا إذا لم يتمكن فساده، كما في النقد قبل انقضاء الأيام الثلاثة.[1]

سقوطه وانتقاله:

٥ ـ خيار النقد يماثل خيار الشرط في أسباب السقوط وأحكامه، وكذلك انتقاله، فهو لا يورث عند الحنفية أسوة بخيار الشرط (أصله)،[2] وتفصيل ذلك في مصطلح: (خيار الشرط).

صورة مشهورة من خيار النقد (بيع الوفاء).

٦ ـ جعل ابن نجيم من الحنفية المكان الأنسب لبحث بيع الوفاء هو خيار النقد، وعلل ذلك بأن بيع الوفاء من أفراد مسألة خيار النقد. لكن صاحب الحاشية على كتابه ابن عابدين لم يرتض ذلك التعليل حيث نقل عن «النهر» أنه إنما يكون من أفراده بناء على القول بفساد بيع الوفاء إن زاد على الثلاث، لا على القول بصحته، إذ خيار النقد مقيد بثلاثة أيام، وبيع الوفاء غير مقيد بها، فأنى يكون من أفراده؟![1]

وتفصيل ذلك في مصطلح: (بيع الوفاء).

(١) رد المحتار ٤/ ٤٩، فتح القدير ٥/ ٥٠٢، الفتاوى الهندية نقلا عن الخانية ٣/ ٣٩، البدائع ٥/ ١٧٥، المغني ٣/ ٥٣١

(٢) رد المحتار ٤/ ٧٥

(١) البحر الرائق وحاشيته لابن عابدين «منحة الخالق» ٦/ ٨

خيار الهلاك

انظر: بيع

خياطة

انظر: ألبسة

خيط

انظر: ألبسة

خيانة

التعريف :

١ ـ الخيانة والخون لغة : أن يؤتمن الإنسان فلا ينصح . قال الله تعالى : ﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾[١] ونقيض الخيانة الأمانة .[٢]

ولا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن المعنى اللغوي .[٣]

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الغش :

٢ ـ الغش لغة : نقيض النصح ، وقد غشه يغشه غشا ، ترك نصحه وزين له غير المصلحة . واصطلاحا : هو تدليس يرجع لذات المبيع ، كتجعيد الشعر ، ودق الثوب ، والخيانة أعم منه .

(١) سورة الأنفال/ ٥٨

(٢) القرطبي ٧/ ٣٩٥ ، والمفردات للراغب الأصفهاني والصحاح والمصباح مادة : «خون» .

(٣) الزرقاني ٨/ ٩٢ ، وروضة الطالبين ١٠/ ٢٤٠ ، والعناية على الهداية ٤/ ٢٣٣ ط الأميرية ، والبناية ٥/ ٥٥٦

إذ هي تدليس يرجع إلى ذات المبيع ، أو إلى صفته ، كأن يصفه بصفات كاذبة ، أو إلى أمر خارج ، كأن يذكر ثمنا على وجه الكذب .[١]

ب ـ النفاق :

٣ ـ النفاق : الدخول في الإسلام من وجه والخروج عنه من وجه آخر . والخيانة تقال في شأن العهد والأمانة ، والنفاق يقال في شأن الدين .[٢]

ج ـ الغصب والسرقة :

٤ ـ فرق العلماء بين الخائن والسارق والغاصب ، بأن الخائن هو الذي خان ما جعل عليه أمينا ، والسارق من أخذ خفية من موضع كان ممنوعا من الوصول إليه ، وربما قيل كل سارق خائن دون عكس ، والغاصب من أخذ جهارا معتمدا على قوته .[٣]

الأحكام المتعلقة بالخيانة :

٥ ـ خيانة الأمانة حرام لقوله تعالى : ﴿ياأيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا

(١) الشرقاوي على التحرير ٢/ ٣ ط الحلبي .

(٢) الكليات لأبي البقاء الكفوي ٢/ ٣١١ ، والمفردات للراغب الأصفهاني .

(٣) المصباح المنير مادة : «خون» .

أمانـاتكم وأنتم تعلمـون﴾(١) ولقوله ﷺ : «آية المنـافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعـد أخلف ، وإذا أؤتمن خان» . (٢)

وقد عد الذهبي وابن حجر الهيتمي ، الخيانة من الكبـائـر، ثم قال : الخيـانـة قبيحـة في كل شيء ، لكن بعضهـا أشـد وأقبح من بعض ، إذ من خانك في فلس ليس كمن خانك في أهلك . (٣)

الخيانة في بيوع الأمانة :

٦ ـ الأصـل في بيوع الأمانة أنها مبنية على الثقة والاطمئنان في التعامل بين الطرفين: البائع والمشـتري . (٤) فعلى البـائع الصدق في الإخبار عما اشترى به وعما قام به عليه إن باع بلفظ القيـام ، (٥) لأن المشـتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الأول من غير بينـة ولا استحـلاف ، فتجب صيـانـة بيـوع الأمـانـة عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة ، لأن التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن ، قال الله تعالى : ﴿ياأيها الذين آمنـوا لا تخونـوا الله والـرسـول وتخـونوا أماناتكم وأنتم تعلمون﴾(١) وقال عليه الصلاة والسلام : «من غشنا فليس منا» . (٢)

والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها إنما يحصل ببيان ما يجب بيانه . (٣)

أمـا حكم الخيـانة إذا ظهرت في بيوع الأمانة فللفقهاء فيه خلاف ، وتفصيل ذلك في مصطلح (بيع الأمانة) .

خيانة عامل المساقاة :

٧ ـ العـامـل أمـين والقـول قولـه فيـما يدعيه من هلاك ومـا يدعى عليـه من خيانة . (٤) فإن ثبتت خيـانـة العـامـل بإقرار أوبينة ، أويمين مردودة ، ضم إليــه من يشـرف عليـه إلى أن يتم العمـل ولا تزال يده ، لأن الـعمــل حق عليــه ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق فتعين سلوكه جمعا بين الحقين ، وأجرة المشرف على العامل . (٥)

أما إذا لم تثبت الخيانة ولكن ارتاب المالك فيه

---

(١) سورة الأنفال/ ٢٧

(٢) حديث : «آية المنافق ثلاث» . أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٨٩ ـ ط السلفيـة) ومسلم (١/ ٧٨ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة .

(٣) الـزواجـر ١/ ٢٤٨ ـ ٢٤٩ تفسـير القـرطبي ٧/ ٣٩٥ ، الكبائر للذهبي ١٠٨

(٤) بدائـع الصنـائـع ٥/ ٢٢٣ ، وروضـة الطالبين ٣/ ٥٢٩ ، والموسوعة الفقهية ٩/ ٥٠

(٥) روضة الطالبين ٣/ ٥٢٩

(١) سورة الأنفال / ٢٧

(٢) حديث : «من غشنـا فليس منـا» . أخرجه مسلم (١/ ٩٩ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة .

(٣) بدائع الصنائع ٥/ ٢٢٣

(٤) المغني لابن قدامة ٥/ ٤٠٩ ، ٤١٠ ط الرياض .

(٥) مغني المحتـاج ٢/ ٣٣١ نشـر دار إحيـاء الـتراث العـربي ، والمغني لابن قدامة ٥/ ٤١٠ ، ومطالب أولي النهى ٣/ ٥٧١

فإنه يضم إليه مشرف وأجرته حينئذ على المالك.(١) هذا عند الشافعية والحنابلة.

أما الحنفية فيعتبرون كون العامل سارقا يخاف عليه من سرقة السعف والثمر قبل الإدراك، من المعاني التي هي عذر في فسخ المساقاة، لأنه يلزم صاحب الأرض ضررا لم يلتزمه فتنفسخ به.(٢)

ويقول المالكية: إن المساقاة من العقود اللازمة فليس لأحد العاقدين فسخها بعد العقد دون الآخر ما لم يتراضيا عليه، وبناء عليه إذا كان العامل لصا أو ظالما، لم ينفسخ العقد بذلك، ولا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه، لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه، فأشبه ما لو فسق بغير الخيانة.(٣)

أخذ اللقطة بنية الخيانة:

٨ ـ من أخذ اللقطة بنية الخيانة والاستيلاء يكون ضامنا غاصبا لم يبرأ من ضمانها حتى يؤديها إلى صاحبها،(٤) وفي براءة الملتقط بدفع اللقطة إلى الحاكم أو ردها إلى الموضع الذي أخذها منه خلاف وتفصيل ينظر في مصطلح (لقطة).

خيانة أهل الصنائع:

٩ ـ يراعي المحتسب أحوال أهل الصنائع من حيث الأمانة والخيانة، فيقر أهل الثقة والأمانة منهم، ويبعد من ظهرت خيانته، ويشهر أمره لئلا يغتر به من لا يعرفه.(١)

ولما لم تدخل الإحاطة بأفعال السوقة تحت وسع المحتسب جاز له أن يجعل لأهل كل صنعة عريفا من صالح أهلها خبيرا بصناعتهم، بصيرا بغشوشهم وتدليساتهم، مشهورا بالثقة والأمانة، يكون مشرفا على أحوالهم ويطالعه بأخبارهم وما يجلب إلى سوقهم من السلع والبضائع، وما تستقر عليه من الأسعار وغير ذلك من الأسباب التي يلزم المحتسب معرفتها.(٢) فقد روي أن النبي ﷺ قال: «استعينوا على كل صنعة بصالح أهلها».(٣)

وتفصيل ذلك في مطلح: (حسبة).

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣٣١، ومطالب أولي النهى ٣/ ٥٧١

(٢) تكملة فتح القدير ٨/ ٤٠٣ ط دار إحياء التراث العربي، والفتاوى الهندية ٥/ ٢٧٨

(٣) الشرح الصغير ٣/ ٧١٣، وبداية المجتهد ٢/ ٢٥٠ ط دار المعرفة، والمغني ٥/ ٤١٠

(٤) روضة الطالبين ٥/ ٤٠٦، والجوهرة النيرة ٢/ ٤٦ ط ملتان باكستان.

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص٢٥٦ نشر دار الكتب العلمية، والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص٣٠٣ نشر دار الكتب العلمية.

(٢) نهاية الرتبة في طلب الحسبة ص١٢ ط مطبعة لجنة التأليف والترجمة بالقاهرة.

(٣) حديث: «استعينوا على كل صنعة بصالح أهلها». =

قطع يد الخائن :[١]

١٠ ـ لا تقطع يد خائن ولا خائنة.[٢] فقد روى جابر أن النبي ﷺ قال: «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع».[٣]

قال ابن الهمام: وقد حكي الإجماع على هذه الجملة.[٤] ولأن الواجب قطع يد السارق، والخائن غير سارق لقصور في الحرز، لأن المال قد كان في يد الخائن وحرزه لا حرز المالك على الخلوص، وذلك لأن حرزه وإن كان حرز المالك فإنه أحرزه بإيداعه عنده لكنه حرز مأذون للأخذ في دخوله.[٥]

وقد اختلف الفقهاء في قطع جاحد العارية: فذهب الجمهور إلى أن جاحد العارية لا قطع عليه لقول رسول الله ﷺ: «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع»، ولأن الواجب قطع السارق، والجاحد غير سارق وإنما هو خائن فأشبه جاحد الوديعة.[١]

وقال أحمد في رواية وإسحاق بن راهويه: إن جاحد العارية عليه القطع، لما في الصحيحين من حديث عائشة رضي الله عنها «أن امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي ﷺ بقطع يدها».[٢] ووجه دلالة الحديث على ذلك واضحة، فإنه ﷺ رتب القطع على جحد العارية.[٣]

وقال جمهور الفقهاء في حديث عائشة رضي الله عنها: إن القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أيضا مشهورة بجحد العارية فعرّفتها عائشة بوصفها المشهور، فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية فسرقت فأمر بقطعها.[٤]

قال ابن قدامة: أما جاحد الوديعة وغيرها

= أورده الشيزري في نهاية السنية (ص١٢ ط مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر) ولم يعزه إلى أحد، ولم نهتد إليه في المصادر الحديثية الموجودة لدينا.

(١) الخائن هنا هو أن يؤتمن على شيء بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعي ضياعه أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية (فتح القدير ٤/ ٢٣٣ ط الأميرية).

(٢) فتح القدير ٤/ ٢٣٣ ط الأميرية والشرقاوي على التحرير ٢/ ٤٣٢ ط الحلبي، والمنتقى ٧/ ١٨٦، وكشاف القناع ٦/ ١٢٩

(٣) حديث: «ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع». أخرجه الترمذي (٤/ ٥٢ ـ ط الحلبي) من حديث جابر بن عبدالله، وقال: «حديث حسن صحيح».

(٤) فتح القدير ٤/ ٢٣٣

(٥) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٤٠ ط الرياض، وفتح القدير ٤/ ٢٣٣ ط الأميرية.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٤١، وسبل السلام ٤/ ٤٣ ط دار الكتاب العربي، وفتح القدير ٤/ ٢٣٣

(٢) حديث عائشة: «أن امرأة كانت تستعير المتاع». أخرجه مسلم (٣/ ١٣١٦ ـ ط الحلبي).

(٣) المغني لابن قدامة ٨/ ٢٤٠، ٢٤١، وفتح القدير ٤/ ٢٣٣، وسبل السلام ٤/ ٤٣

(٤) فتح القدير ٤/ ٢٣٣

من الأمانات فلا نعلم أحدا يقول بوجوب القطع عليه.[١]

(ر: سرقة: عارية).

خيانة المهادنين:

١١ - ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لو استشعر الإمام خيانة المهادنين بأمارات تدل عليها، لا بمجرد توهم، لم ينتقض عهدهم بل ينبذ إليهم العهد جوازا، لقول الله تعالى: ﴿وإما تخافن من قوم خيانة فانبذ إليهم على سواء﴾[٢] أي أعلمهم بنقض العهد حتى تصير أنت وهم سواء في العلم، فيعلمهم بنقض عهدهم وجوبا قبل الإغارة عليهم وقتالهم، للآية.

ومتى نقض الإمام الهدنة وفي دارنا منهم أحد وجب ردهم إلى مأمنهم، لأنهم دخلوا بأمان فوجب أن يردوا آمنين، وإن كان عليهم حق استوفي منهم كغيرهم للعموميات.[٣]

وقال المالكية: إن استشعر الإمام أي ظن خيانة أهل الحرب قبل المدة بظهور أمارتها نبذ العهد الواقع بينه وبينهم على المهادنة وترك الجهاد وجوبا، لئلا يوقع التمادي عليه في الهلكة، وإنما سقط العهد المتيقن بالظن الذي ظهرت علاماته للضرورة.

وإنما ينذرهم الإمام وجوبا بأنه لا عهد لهم، فإن تحقق خيانتهم نبذه بلا إنذار.[١]

أما الحنفية فيجيزون للإمام نقض الصلح بعد أن صالح أهل الحرب مدة، والنبذ إليهم، إذا رأى نقض الصلح أنفع حتى لو لم يستشعر خيانتهم، لأنه عليه الصلاة والسلام «نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة»،[٢] ولأن المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا. وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى، ولابد من النبذ تحرزا عن الغدر وهو محرم بالعمومات.[٣]

وينقل ابن الهمام الإجماع على أن نبذ الموادعة لا يتقيد بخطور الخوف، لأن المهادنة في الأول ما صحت، إلا لأنها أنفع، فلما تبدل الحال عاد إلى المنع.[٤]

وإن بدءوا بخيانة قاتلهم الإمام ولم ينبذ إليهم

---

(١) المغني ٨/ ٢٤١، وانظر قليوبي وعميرة ٤/ ١٩٤

(٢) سورة الأنفال / ٥٨

(٣) أسنى المطالب ٤/ ٢٦٦، والمهذب ٢/ ٢٦٣ ط الحلبي، والمغني لابن قدامة ٨/ ٤٦٣، وكشاف القناع ٣/ ١١٦

(١) حاشية الدسوقي ٢/ ٢٠٦ ط الحلبي، وأحكام القرآن لابن العربي ٢/ ٨٦٠

(٢) حديث: «نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة». ذكر قصتها البيهقي في دلائل النبوة (٥/ ٩ - ١٢ - ط دار الكتب العلمية)

(٣) فتح القدير ٤/ ٢٩٤ ط الأميرية، والبناية ٥/ ٦٦٩ - ٦٧٠، وبدائع الصنائع ٧/ ١٠٩ ط الجمالية، وشرح السير الكبير ٥/ ١٧٠٩

(٤) فتح القدير ٤/ ٢٩٤

إذا كان نقض العهد باتفاقهم، لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه.[١]

وتفصيل ذلك في مصطلح (هدنة).

خيانة أهل الذمة :

١٢ ـ صرح الشافعية والحنابلة بأن أهل الذمة إذا خيف منهم الخيانة لم ينبذ إليهم العهد، والفرق بينهم وبين أهل الهدنة أن عقد الذمة وجب لهم، ولهذا إذا طلبوا عقد الذمة وجب العقد لهم فلم ينقض لخوف الخيانة، والنظر في عقد الهدنة للمسلمين، ولهذا لو طلب الكفار الهدنة كان النظر فيها إلى الإمام، إن رأى عقدها عقد، وإن لم ير عقدها لم يعقد، فكان النظر إليه في نقضها عند الخوف، ولأن أهل الذمة في قبضة الإمام وتحت ولايته، فإذا ظهرت منهم خيانة أمكن استدراكها بخلاف أهل الهدنة فإنهم خارجون عن قبضة الإمام، فإذا ظهرت خيانتهم لم يمكن استدراكها فجاز نقضها بالخوف.[٢]

خيانة المسلم أهل الحرب :

١٣ ـ من دخل من المسلمين إلى أرض العدو

(١) البناية شرح الهداية ٥/ ٦٧١ وانظر أحكام القرآن لابن العربي ٢/ ٨٦٠

(٢) المهذب ٢/ ٢٦٣ ط الحلبي، وأسنى المطالب ٤/ ٢٢٦، والمغني لابن قدامة ٨/ ٤٦٣ ط الرياض.

بأمان لم يخنهم في مالهم، لأنهم إنما أعطوه الأمان مشروطاً بتركه خيانتهم وتأمينه إياهم من نفسه، وإن لم يكن ذلك مذكورا في اللفظ فهو معلوم في المعنى، ولذلك من جاءنا منهم بأمان فخاننا كان ناقضا لعهده، فإذا ثبت هذا لم تحل له خيانتهم لأنه غدر ولا يصلح في ديننا الغدر.[١] وقد قال النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم».[٢]

وتفصيل ذلك في مصطلح : (أهل الحرب).

خروج الخائن في الجيش :

١٤ ـ يمنع الخائن من الخروج في الجيش، وهو الذي يتجسس للكفار ويطلعهم على عورات المسلمين بالمكاتبة والمراسلة.[٣]

والتفصيل في مصطلحي : (جهاد، وتجسس).

مواطن البحث :

١٥ ـ يأتي ذكر الخيانة في كثير من الأبواب الفقهية كالبيع، والشركة، والمضاربة، والوديعة والعارية، واللقطة، والوكالة، والوصايا، والحضانة والشهادة، والسير.

(١) المغني لابن قدامة ٨/ ٤٥٨

(٢) حديث : «المسلمون على شروطهم». أخرجه أبو داود (٤/ ٢٠ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث أبي هريرة. وإسناده حسن.

(٣) روضة الطالبين ١٠/ ٢٤٠، والمغني ٨/ ٣٥١

خيـل

التعريف :

١ - الخيـل جماعـة الأفـراس . والخيـل مؤنثـة ولا واحد لها من لفظها ،أو واحدها خائل ، والجمع خيـول وأخيـال ، وسميت خيـلا لاختيـالها أي إعجابها بنفسها مرحا .

قال بعضهم : وتطلق على العراب والبراذين[١] ذكورهما وإناثهما ، ومنه قوله تعالى : ﴿والخيـل والبغـال والحمـير لتركبـوهـا﴾ .[٢]

ويطلق أيضا على الفرسان ، ومنه قوله تعالى : ﴿وأجلب عليهـم بخيـلك وَرَجِلِكَ﴾[٣] أي بفرسانك ورجالتك .[٤]

ولا يخرج استعـمال الفقهـاء لهذا اللفـظ عن المعنى اللغوي بالإطلاق الأول .

(١) العراب : الخيل العربية ، والبراذين : الخيل غير العربية .
(٢) سورة النحل/ ٨
(٣) سورة الإسراء/ ٦٤
(٤) مختار الصحاح ، والمغرب للمطرزي والمصباح والقاموس مادة : «خيل» وابن عابدين ٢/ ١٩

الحكم الإجمالي :

٢ - حث الشـارع على اقتنـاء الخيـل للجهـاد وارتبـاطهـا في سبيـل الله . قال الله تعـالى : ﴿وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيـل﴾ .[١] وقـال ﷺ : «الخيـل معقـود في نواصيهـا الخـير إلى يوم القيـامـة» .[٢] وتنظـر الأحكام المتعلقة بذلك في مصطلح : (فروسية) .

وتتعلق بالخيل أحكام منها :

زكاتها :

٣ - ذهب جمهـور الفقهـاء وهـو قول أبي يوسف ومحمـد وعليـه الفتـوى عنـد الحنفيـة : إلى أنـه لا زكاة في الخيل إلا إذا كانت للتجارة ، لما روي أن النبي ﷺ قال : «ليس على المسلم في فرسـه وغـلامه صدقة» .[٣] وعن علي رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : «قد عفوت عن صدقة الخيل والرقيق» .[٤] ولأنها ليست من بهيمة الأنعام فلم

(١) سورة الأنفال/ ٦٠
(٢) حديث : «الخيـل معقـود . . .» أخـرجـه البخـاري (الفتح ٦/ ٥٦ ط السلفيـة) ومسلم (٣/ ١٤٩٣ - ط الحلبي) من حديث عروة البارقي .
(٣) حديـث : «ليس على المسلم في فرسـه . . .» . أخـرجـه البخاري (الفتح ٣/ ٤٢٧ ط السلفية ، ومسلم (٢/ ٦٧٥ - ٦٧٦ - ط الحلبي) من حديث أبي هريرة .
(٤) حديث : «قـد عفـوت عن صدقـة الخيـل والـرقيق . . .» أخرجه الترمذي (٣/ ٧ - ط الحلبي) من حديث علي بن أبي طالب ، ونقل عن البخاري أنه صححه .

تجب زكاتها كالوحوش.

وقال أبوحنيفة: الخيل السائمة إذا كانت ذكورا وإناثا تجب فيها الزكاة، وإن كان الكل إناثا ففيه روايتان، وإن كان الكل ذكورا ففي ظاهر الرواية لا تجب، وفي مسائل النوادر أنها تجب.[1]

ولتفصيل ذلك يرجع إلى: (زكاة).

أكلها:

٤ - يرى جمهور الفقهاء (الشافعية والحنابلة وهو قول للمالكية) أن الخيل مباح أكلها. ويرى الحنفية في الراجح عندهم وهو قول ثان للمالكية: إن أكلها حلال مع الكراهة التنزيهية، وبه قال الأوزاعي وأبو عبيد، وفي رواية عن أبي حنيفة مع الكراهة التحريمية ونحوه قول للمالكية أيضا،[2] وينظر تفصيل ذلك في مصطلح: «أطعمة».[3]

(١) ابن عابدين ٢/ ١٩ ط دار إحياء التراث العربي، والفتاوى الهندية ١/ ١٧٨، والخانية على هامشها ١/ ٢٤٩، والتاج والإكليل على هامش مواهب الجليل ٢/ ٢٥٦، والوجيز ١/ ٧٩ ط دار المعرفة، والمغني ١/ ٦٢٠، ٦٢١ ط الرياض.

(٢) ابن عابدين ١/ ١٥٠، وجواهر الإكليل ١/ ٨ ط السعودية مكة المكرمة، ونهاية المحتاج ٨/ ١٥٢ ط مصطفى البابي الحلبي، والمغني ٨/ ٥٩١

(٣) ينظر كتاب «توفية الكيل لمن حرم لحوم الخيل»، للحافظ العلائي. نشر وطبع وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت.

سهمها في الغنيمة:

٥ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الغنيمة يقسم منها للفارس ثلاثة أسهم، سهم له، وسهمان لفرسه، وإليه ذهب عمر بن عبدالعزيز والحسن وابن سيرين، وحسين بن ثابت، والثوري، والليث بن سعد، وإسحاق وأبو ثور. لما روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم، سهمين لفرسه وسهما له.[1]

وقال أبوحنيفة: للفرس سهم واحد، لما روى مجمع بن حارثة أن رسول الله ﷺ: قسم خيبر على أهل الحديبية فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهما،[2] ولأنه حيوان ذو سهم، فلم يزد على سهم كالآدمي.

ولا يسهم لأكثر من فرس واحد عند الحنفية - ما عدا أبا يوسف - والمالكية، والشافعية، لأنه لا يمكن أن يقاتل على أكثر منها، فلا يسهم لما زاد عليها.

ويرى الحنابلة، وهو قول أبي يوسف من

(١) حديث: «أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم، سهمين...» أخرجه البخاري (الفتح ٧/ ٤٨٤ - ط السلفية) من حديث عبدالله بن عمر.

(٢) حديث: «قسم خيبر على أهل الحديبية فأعطى الفارس...» أخرجه أبو داود (٣/ ١٧٤ - ١٧٥ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث مجمع بن جارية، وضعفه ابن حجر في الفتح (٦/ ٦٨ - ط السلفية).

الحنفيـة، أنه يسهم لفرسين ولا يسهم لأكثر من ذلـك. لما روى الأوزاعي أن رسول الله ﷺ كان يسهم للخيـل، وكـان لا يسهم للرجـل فوق فرسـين وإن كان معـه عشرة أفراس.[(١)] ولأن به إلى الثـاني حاجــة، فإن إدامـة ركـوب واحـد تضعفـه، وتمنـع القتال عليه، فيسهم له كالأول بخلاف الثالث فإنه مستغنى عنه.[(٢)]

وفي الموضوع تفصيل ينظر في (غنائم).

المسابقة بينها :

٦ ـ لا خلاف بين الفقهـاء في جواز المسـابقة بين الخيـل سواء أكـانت بعـوض أم بغـيره،[(٣)] وفي كيـفيــة تحقق السبق بينهــا تفصيــل ينظــر في مصطلحي : (رمي، وسبق).

٧ ـ وبالإضافة إلى ما سبق يتعلق بالخيل مسائل أخـرى بحثها الفقهاء في مواطنها، فمسألة إنزاء الحمـير عليهـا تطرق إليها الفقهاء في الزكاة،[(١)] وطهـارة بولهـا للمجـاهـد أصابه بأرض حرب، بحث في باب النجـاسـات،[(٢)] وركـوب المـرأة عليها بحث في مباحث الحظر والإباحة.[(٣)] ومنع الـذمي من ركـوبها بحث في الجزية عند الحديث عن تمييـز أهـل الـذمة في الملبس،[(٤)] وغير ذلك من الأمور.

(١) حديث: «كـان لا يسـهـم للرجـل فوق فرسـين، وإن كان...» أخرجه سعيد بن منصور في سننه كما في المغني لابن قدامة (٨/ ٤٠٧ ـ ٤٠٨ ـ ط الرياض) وفيه إرسال.

(٢) ابن عابـدين ٣/ ٢٣٤، وجـواهـر الإكليل ١/ ٢٦٢ ط دار البـاز، مكـة المكـرمـة، والقليـوبي ٣/ ١٩٤ ط دار إحيـاء الكتب العربية، والمغني ٨/ ٤٠٤، ٤٠٥، ٤٠٨ ـ ط الرياض.

(٣) ابن عابـدين ٥/ ٢٥٧، ٢٥٨، ٤٧٩، وجـواهـر الإكليـل ١/ ٢٧١، وشـرح المنهاج على هامش القليوبي ٤/ ٢٥٦، ونهاية المحتاج ٨/ ١٦٤، ١٦٥، والمغني ٨/ ٦٥١، ٦٥٢، ٦٥٩، ٦٦٠

(١) القليوبي ٣/ ٢٠٣

(٢) جواهر الإكليل ٢/ ١٢

(٣) ابن عابدين ٥/ ٢٧١، ٢٧٢

(٤) ابن عابدين ٣/ ٢٧٣

خيلاء

انظر: اختيال